Erwerb und Verlust des Besitzes nicht vollkommen Geschäftsfähiger und juristischer Personen nach römischem und heutigem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Curt Laube.

Referendar am Königl. Amtsgericht zu Schoenau a. K.

AGAD.
LUBD.BAT
BIBL.

Rostock,
H. Winterberg's Buchdruckerei.
1903.

Dem Andenken
meines lieben Vaters
in Dankbarkeit gewidmet!

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

A. Erwerb des Besitzes.

I. Besitzerwerb nicht vollkommen Geschäftsfähiger.

a) Nach römischem Recht.

Besitzerwerb.

1. Der Geschäftsunfähigen (§ 1) . . . S. 10
   aa) des infans
   unter Mitwirkung des Tutors,
   durch den Tutor als Stellvertreter,
   ohne den Tutor (Ausnahmefall!)
   bb) des furiosus,
2. Der beschränkt Geschäftsfähigen (§ 2) S. 26
   aa) des impubes infantia maior,
   bb) des prodigus,

b) Nach bürgerlichem Recht.

Besitzerwerb.

1. Der Geschäftsunfähigen (§ 3) . . . S. 30
   α) in originärer
   und
   β) in derivativer Form.
   γ) durch Erbfolge.

2. Der beschränkt Geschäftsfähigen (§ 4).

II. Besitzerwerb juristischer Personen. S. 47

a) Nach römischem Recht (§ 5.) . . S. 48

b) Nach bürgerlichem Recht (§ 6). . . S. 52

B. **Verlust des Besitzes.**

I. Besitzverlust nicht vollkommen Geschäftsfähiger.

a) Nach römischem Recht: (§ 7). . . . S. 57

auf freiwillige Weise,

aa) bei Mobilien,

bb) bei Immobilien,

auf unfreiwillige Weise.

b) Nach bürgerlichem Recht: (§ 8) S. 60

auf freiwillige und auf unfreiwillige Weise.

II. Besitzverlust juristischer Personen.

a) Nach römischem Recht: (§ 9) . . S. 63

an den Vertreter der juristischen Person selbst;

aa) bei Mobilien,

bb) bei Immobilien,

an Dritte:

aa) auf freiwillige und

bb) auf unfreiwillige Weise.

b) Nach bürgerlichem Recht: (§ 10). S. 66

Litteraturverzeichnis.

Aphorismen zur Besitzlehre von Bekker in Bernhöft's und Binders Beiträgen. Leipzig. 1902.

Archiv für bürg. Recht B. XVII 1889.

Archiv f. die civilist. Praxis. Bd. 20, 31 und 39 Heidelberg 1856.

Bendix Besitzlehre nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Hannover 1900.

Biermann Kommentar z. B. G. B. Berlin 1898.

Bluntschli Recht des Besitzes bei den Römern. 1880.

Bunsen Einführuug in das bürgerliche Gesetzbuch Bd. 1 und 2 Rostock 1897.

Burghoff Der Besitzwille. Inaug.-Dissert. 1000.

Corpus iuris civilis (recognovit J. Beck.) Lipsiae 1826 Bd. 1, 2.

Corpus iuris Codex (ed Krueger). Berlia 1845.

Cosack Lehrbuch des bürgerl. Rechts 1, 2. Jena 1899.

Cosack Der Besitz des Erben. Weimar 1877.

Crome System des deutsch. bürgerl. Rechts Bd. 1. Leipzig 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. Berlin 1896.

Dernburg Persönl. Rechtsstellung nach dem BGB. 1896.

do. Pandekten 5. Aufl. 1896.

do. das bürgerlichen Recht des deutschen Reichs und Preussens. Bd. 3 Halle 1901.

Endemann Lehrb. des bürgerl. Rechts 6. Aufl. 1899.

Engelmann das alte und das neue bürgerl. Recht 1989.

Enneccerus-Lehmann das bürgerl. Recht 2. Aufl. Bd. 2. Marburg 1901.

Esmarch vacuae possessionis traditio. 1873.

Fischer-Henle Handausg. z. BGB. 2. und 5. Aufl. München 1899 und 1901.

Fischer Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB.

do. Sachenrecht. Berlin 1896.

Frank der Besitzwille nach dem BGB. Bonn 1898.

Fritz Erläuterungen.

Gierke Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. Jena 1897.

Gruchot Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. 6. Folge 2. und 3. Jahrgang 4. und 5. Heft. Berlin 1898/1899.

Hölder Pandekten. 1891.

do. Kommentar z. BGB. I. München 1900.

Holzschuher Theorie und Kasuistik des gem. Civilrechts 3. Aufl. 2. Bd. 1864.

von Ihering Besitzwille. Jena 1889.

do. Grund des Besitzesschutzes 2. Aufl. 1869.

do. Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. R. Bd. 34.

Kappler zur Lehre vom Besitz. 1899.

Kindel die Grundlagen des röm. Besitzrechts. Berlin 1883.

Kierulff Civilrecht.

Klein Sachbesitz u. Ersitzung. 1891.

Kniep Der Besitz des bürgerl. Gesetzbuches. Jena 1900.

do. Vacua possessio Bd. 1. 1886.

Kreittmayr Anm. zu bayer. Landrecht. Th. 2.

Küster Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen. Inaug.-Diss.1897.

Kuhlenbeck Von den Pandekten zum BGB. 1899.

do. Das bürgerl. Gesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1899 Buch 3.

Kuntze zur Besitzlehre. 1890.

Lenz das Recht des Besitzes u. s. Grundlagen. Berlin 1860.

Leonhard Allg. Teil des BGB. 1900.

do. Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Linde's Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozess. Bd. IX.

Matthiass Lehrb. des bürgerl. Rechts. 4. Aufl. Berlin 1900.

Meischeider Besitz u. Besitzesschutz. Berlin 1876.

Meurer Die juristischen Personen nach deutsch. Reichsrecht. Stuttgart 1901.

Mühlenbruch Doctrin. Pandekt.

Mugdan die ges. Materialien zum BGB. Bd. 3 (Sachenrecht) Berlin 1899.

Oppenheim Begriff der Stellung des Besitzdieners. 1900.

Pininski Thatbestand des Sachbesitzerwerbs 2. Bd. 1888.

Planck Komment. z. BGB. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1901.

Raape Besitzerwerb ohne Besitzwillen. Inaug.-Diss. Bonn 1901.

Randa Der Besitz nach österreichischem Recht. Leipzig 1895. 3. Berlin 1896.

Rehbein das BGB. Bd. 1. Berlin 1899.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz. Neue Reihe 1 Bd. Göttingen 1833.

Rüdorff Das Recht der Vormundschaft. Bd. 1. Berlin 1832.

v. Savigny System des heut. röm. Rechts 2. 3. Bd. Berlin 1840.

do. d. Recht des Besitzes 7. Aufl. Wien 1865.

Scherer Sachenrecht des BGB. Erlangen 1899.

Schlossmann Besitzerwerb durch Dritte. 1881.

Schweppe Röm. Privatrecht 2. u. 4. Aufl. 1828.

Siepmann Besitzerwerb des Kindes, Inaug.-Diss. Göttingen 1892.

Sohm Institutionen des röm. Rechtes. Aufl. 6. Leipzig 1896.

Staudinger Kommentar z. BGB. Bd. 3. München 1898.

Strohal Der Sachbesitz. Jena 1897.

do. Succession in den Besitz. Graz 1885.

Vangerow Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. 1863.

Wartensleben Die Besitzvererbung. Inaug.-Diss. Greifswald 1899.

Windscheid Pandekt. Bd. 1. 7. Aufl. 1891.

Wolff Der Begriff des Besitzes nach BGB. Inaug.-Diss. 1898.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. 4.

Einleitung.

Wenn einer unserer grössten Rechtslehrer, Savigny, an einer Stelle seiner berühmten Irrtumslehre bemerkt, die Juristen könne man in zwei Gruppen teilen, einerseits in solche, welche über Irrtum bereits geschrieben haben und andererseits in solche, welche in dieser Hinsicht noch nicht schriftstellerisch thätig gewesen sind, so kann man diesen Ausspruch auf den »Besitz« ausdehnen.

Auch die Besitzlehre ist eine der vielbesprochensten und umstrittensten Materien und die ungeheure, bereits vorhandene Litteratur dieses Gebietes wächst stetig von Tag zu Tag.

Die Erklärung hierfür ist hauptsächlich darin zu suchen, dass sich bereits der Besitzesbegriff und dementsprechend auch die gesamte Besitzlehre im neuen Recht völlig geändert hat. Schon der Wortlaut des § 854, welchen der Gesetzgeber an die Spitze der Besitzlehre des BGB. stellte, macht einen animus domini nicht mehr zum Erfordernis des Besitzthatbestandes.

Die seit Savigny das gemeine Recht beherrschende Subjektivitätstheorie mit ihrer feinen Unterscheidung zwischen einem animus domini bezw. rem sibi habendi

sowie die darauf gegründete begriffliche Trennung zwischen juristischem Besitz und blosser Detention ist vom neuen Recht aufgegeben worden.

Das neue Recht verlegt das Wesen des Besitzes in das körperliche Element, die thatsächliche Gewalt. Nach ihm ist auch der Mieter, Niessbraucher und Verwahrer, überhaupt jeder Inhaber Besitzer. Das BGB. lässt seinen Besitzesschutz allen Verhältnissen der Inhabung mit alleiniger Ausnahme der unselbständigen sog. prokuratorischen Inhabung des § 855 angedeihen.

Das neue Recht hat jedoch in seiner Besitzlehre nicht allein das Erfordernis eines animus domini fallen lassen, es erwähnt im Gesetzestext im Gegensatz zum römisch-gemeinen Recht einen Willen überhaupt nicht mehr.

Der Wegfall dieses Willens, als eines selbständigen Begriffserfordernisses,[1] ist von ganz besonderer Wichtigkeit für den Erwerb und Verlust des Besitzes seitens geschäfts- bezw. willensunfähiger Personen.

Eine erneute Prüfung der Frage, ob überhaupt und unter welchen Bedingungen nicht vollkommen Geschäftsfähige wie juristische Personen Besitz erwerben und verlieren können, dürfte daher wohl angebracht sein und lässt sich die weitgehende Bedeutung der diesbezüglichen Neuerungen besonders durch eine Gegenüberstellung mit den Bestimmungen des römisch-gemeinen Rechts ermessen.

Anmerkung 1. Näheres darüber s. weiter unten.

§ 1.

Besitzerwerb Geschäftsunfähiger nach römischem Recht.

Bereits im römischen Recht bildete der Besitzerwerb der infantes eine schon von den klassischen römischen Juristen behandelte Streitfrage, welche sodann ein Rescript des Kaisers Decius behandelt, und die schliesslich über die Glossatoren- und Postglossatorenzeit hinaus bis in die neueste Zeit Anlass zu den verschiedensten juristischen Erörterungen gegeben hat.

Der Besitzerwerb selbst vollzog sich im römischen Recht corpore et animo (l. 3. § 1 C. 41,2: possessionem adipiscimur corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.)

Er erfordert demnach 2 Hauptmomente:

1) eine Handlung, durch welche die betreffende Sache der ausschliesslichen Einwirkung einer bestimmten Person unterworfen und jede Möglichkeit einer fremden Einwirkung seitens einer anderen Person unbedingt ausgeschlossen wird und 2) einen Besitzwillen (animus possidendi oder affectio tenendi), d. h. einen Willen, die Sache dauernd seiner rechtlichen

Herrschaft zu unterwerfen (»tenere«), sie also nicht blos zu ergreifen, um sie eventuell bald wieder aufzugeben. Die Fähigkeit, durch solche persönliche Entschlüsse persönlich Besitz zu erwerben, hat aber nur derjenige, welcher fähig ist, persönlich Rechte zu erwerben. (Dernburg, Pand. § 179, 4). Das war der Grund, weshalb man den Kindern und Geisteskranken im älteren römischen Recht unbedingt die Möglichkeit eines Besitzerwerbes versagte. Man ging dabei von der psychologischen Thatsache aus, dass einem Kinde unter 7 Jahren ein auf »tenere« gerichteter Wille noch nicht innewohnen könnte.

Auch ein Besitzerwerb durch freie Personen als Stellvertreter konnte diesem Unvermögen nicht zu Hilfe kommen, da ein solcher dem älteren römischen Recht noch fremd war. Eine derartige vollkommene Ausschliessung der oben genannten Personen von jeglichem Besitzerwerb wäre jedoch in dieser Form einer strengen Durchführung eine grosse Härte des römischen Rechts gewesen, Man sah sich darum auch wirklich — besonders mit Rücksicht auf den Umstand, dass gerade der Wille, eine Sache zu haben, mehr oder minder bereits im zartesten Alter in dem Kinde erwache — genötigt, von der allgemeinen Regel einige Ausnahmen eintreten zu lassen. Im Laufe der weiteren Entwickelung des Rechtes ging man darin so weit, dass man schliesslich einen dreifachen Besitzerwerb der Kinder ermöglichte, und zwar 1) unter Mitwirkung des Tutors, 2) durch den Tutor, und 3) in einem Ausnahmefalle sogar ohne den Tutor.

Das Sclavenverhältnis bildete hier den Ausgangspunkt zur Schaffung dieser Ausnahmen. Eigentum konnte der Sclave des Pupillen für diesen durch mancipatio oder stipulatio ohne weiteres insofern erwerben, als er alles dem Herrn erwarb, auch ohne dessen Wissen und Willen. Zum Besitzerwerb jedoch, zu welchem in der Regel der animus possidendi des Herrn erfordert wurde, konnte ein solcher Sclave nur insoweit verwendet werden, als er zur Erweiterung eines ihm gegebenen Peculium erwarb oder indem ihm der Pupill auctore tutore Befehl dazu erteilte. (cf. Savigny: System III. S. 53). Eine auctoritas tutoris erklärte jedoch das röm. Recht beim Besitzerwerb der Kinder der Regel nach für unzulässig.[1] Von hier nahm das römische Recht zwecks Ermöglichung obiger Ausnahmen seinen Ausgangspunkt, indem es »utilitatis causa« eine interpositio auctoritatis auch für den Besitzerwerb der Kinder ausnahmsweise gewährte. Dieser Besitzerwerb der Kinder mit Hülfe der auctoritas ihres Tutors ist der Gegenstand der verschiedensten Controversen geworden, und eine Entscheidung zu Gunsten der einen oder der anderen Ansicht hängt hauptsächlich von der verschiedenartigen Auffassung des Wesens der sogen. auctoritas ab. Von grösster Wichtigkeit hierfür ist vor allem eine Quellenstelle im § 2 l. 32 D. (41,2). Diese Stelle lautet nach der Florentina folgendermassen:

„infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit; nam iudicium infantis suppletur auctoritate

[1]) § 10 J. de inut. stip. 1. 9 2 D. 26,7.

tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est; nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem[1]).

Einig sind sich hier die Juristen hauptsächlich nur über den einen Punkt, dass das römische Recht einen Satz (sc. die hier angegebene Quellenstelle) aufweist, demgemäss auch ein infans Besitz erwerben könne (»possidere«.), wenn zu der Reprehensionshandlung des Kindes ein Vorgang hinzutritt, der als auctoritas tutoris bezeichnet wird. Den Gegenstand des Streites bildet hier also vornehmlich die Art und Weise, wie ein solcher Besitzerwerb tutore auctore zu erklären sei.

Den Puchta'schen Ausführungen[2] gemäss ist die Stelle rein wörtlich aufzufassen, d. h. in dem Sinn, dass der Verstand des Kindes durch die auctoritas ergänzt werde. Selbstredend kann dann, wie Puchta auch ausführt, nur von solchen infantes die Rede sein, welche alt und klug genug dazu sind, um eine Ergänzung ihres Verstandes durch die auctoritas des Tutors zu ermöglichen. Die Stelle bietet also der Puchtaschen Ansicht nach nur insofern etwas Besonderes, als sie eine Singularität darstellt, welche aus praktischen Gründen (»utilitatis causa«) zugelassen wurde.

Hiergegen ist nur einzuwenden, dass einerseits der Charakter einer blossen Singularität in der genannten Stelle sehr wenig bemerkbar hervortritt, die citierte Quellenstelle vielmehr ziemlich allgemein spricht. Andererseits würden davon auch nur solche Kinder betroffen werden, deren Verstand überhaupt einer Ein-

[1]) Einer andern Lesart folgt Savigny. (s. u.)
[2]) cf. Puchta im Rheinisch-Museum f. Jurisprudenz (N. F. 1 S. 33 ff.)

wirkung durch die autoritas tutoris fähig ist, d. h. die soweit sind, dass man über das, »was allenfalls fehlt,« hinwegsehen kann — wie sich Puchta a. a. O. S. 43 ausdrückt. Puchtas Ansicht ins praktische Leben übersetzt, würde demnach bedeuten, dass in jedem Einzelfalle die Reife des betreffenden Kindes zur Beurteilung des einzelnen Besitzerwerbs untersucht werden müsste, (ähnlich wie im geltenden Strafrecht bei Delikten Jugendlicher von 12—18 Jahren eine Prüfung der durch die intellektuelle Reife des Betreffenden bedingten, zur Erkenntnis der Strafbarkeit der That erforderlichen Einsicht erfordert wird.) Die Durchführung einer diesbezüglichen Prüfung dürfte jedoch in der Praxis nicht leicht ausführbar sein; daher ist die Puchtasche Ansicht für eine Anwendung im täglichen Leben viel zu unpraktisch.

Im Gegensatz hierzu macht Savigny[1], der in der genannten Stelle statt: nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem: »nam alioquin nullus consensus infantis est accipienti possessionem« liest, den »Sprung«, welchen Puchta[2] nicht machen will. Savigny hält es, seinen Ausführungen a. a.O. gemäss, für eine logische Konsequenz, mit der Allgemeingültigkeit des Satzes: »der Vormund kann für den infans Besitz erwerben« auch dessen allmählich erfolgte Erweiterung zu begründen, dergestalt, dass es schon

[1]) cf. Savigny das Recht des Besitzes 7. Aufl. S. 249ff.
[2]) Puchta i. Rh. Mus. f. Jurisp. (N. F.) I. S. 40 Abs. 2.

genüge, wenn das Kind die Apprehensionshandlung vornimmt und der tutor seine auctoritas dazu giebt. Der leitende Grund für Savigny ist offenbar der, dass nach seiner Meinung der Wille gegenüber der Apprehensionshandlung so sehr das Hauptsächliche ist, dass auch in dem Falle, in welchem das Kind die Apprehensionshandlung vornimmt, der Tutor vermöge seines Willens als der eigentlich Besitzerwerbende erscheint. Es werde hier also — führt Savigny aus — so angesehen, als ob die auctoritatis tutoris den fehlenden animus possidendi der Kinder suppliert, und zwar bei allen infantes, nicht nur, wie Puchta meint, bei den vorgeschritteneren. Savigny weiss natürlich sehr wohl, dass bei der Mehrzahl der Kinder, welche Apprehensionshandlungen vornehmen, vom animus possidendi keine Rede sein kann. Auch die Begründung, welche er der Quellenstelle giebt, (er sagt a. a. O. S. 251, 252: zur Erklärung dieses Satzes werde der andere angeführt, dass sonst nur der Tutor für das Kind erwerben kann), zeigt, dass Savigny garnicht daran denkt, der auctoritas als solcher eine besondere, den Verstand der Kinder stärkende Kraft beimessen zu wollen. Er will daher mit seinen Ausführungen anscheinend erklären, die Quellenstelle stelle die Fiction auf, dass es, wenn der Tutor mit der auctoritas zu der Apprehensionshandlung des Kindes hinzutritt, (in Verfolgung der Konsequenz des anderen Satzes) so angesehen werden solle, als ob der thatsächlich nicht vorhandene Wille des infans da wäre. Diese Bedeutung

hat nach Savigny der Satz in der Quellenstelle: iudicium infantis suppletur tutoris auctoritate. Savigny sieht demnach in seiner Erklärung der Quellenstelle gänzlich davon ab, in dem Worte oder Begriffe »auctoritas« irgend etwas zu finden, was sich von dem Begriffe »auctoritas« bei der auctoritatis interpositio der infantia maiores unterschiede. Kurz zusammengefasst sagt Savigny also, die Quellenstelle erkläre: aus der Thatsache, dass nach einem allgemein gültigen Satze der Tutor für den infans handeln kann, folgern wir konsequent auch, dass eine auctoritatis interpositio des Tutors beim infans möglich ist, gerade so wie bei den infantia maiores, obgleich es ja beim infans immer, oder wenigstens meistens, nur Fiction ist.

Diese Ansicht ist mit den thatsächlichen Verhältnissen sehr wohl vereinbar und praktisch. Erwähnenswert sind hierbei noch die Ansichten von Lenz und Denzinger. Von diesen sagt ersterer[1] unter Zugrundelegung der Lesart der Florentina in allem Wesentlichen dasselbe, wie Savigny, obgleich er ihn feierlich verleugnet.

Gestützt auf das von den Quellen (§ 27. de auct. tut. 1,21) bei der Interposition der auctoritas aufgestellte Erfordernis der persönlichen Anwesenheit des Tutors führt Lenz aus, dass der Tutor und sein Pflegebefohlener hierbei gleichsam nur eine einzige Person bilden und dass die Approbation des Tutors erst den Abschluss

[1]) Lenz Das Recht des Besitzes S. 161ff.

des ganzen Aktes herbeiführe. Den oben dargelegten Ausführungen Savignys entsprechend, zieht auch er aus der unbestrittenen Thatsache, dass der Tutor ohne den infans für denselben Besitz erwerben kann, die Folgerung, dass eine bei dem Akte selbst erteilte auctoritas als auch Ersatz für den Fall gelten müsse, wenn das Kind wirklich nicht gewusst habe, was es wollte. Sei also das Kind geistig wirklich schon so weit entwickelt, dass es die rechtliche Bedeutung des Aktes verstehe, so sei die Einlegung der auctoritas hier nicht befremdender, als bei den eigentlichen Pupillen, im andern Falle aber (wenn also das Kind diese intellektuelle Reife noch nicht besessen habe) ersetze »das Vollwort« des Vormundes den noch mangelhaften Willen des Kindes.

Im Allgemeinen kommen doch, — wie gesagt — diese Ausführungen von Lenz auf das oben angeführte Savignysche Resultat hinaus. Warum bezeichnet dann Lenz die Erklärung, welche Savigny dem Fragment giebt, als eine unhaltbare? Im Gegensatz zu Lenz nimmt Denzinger[1] dieselbe Lesart wie Savigny an, er gelangt auch praktisch zu demselben Resultat wie Savigny, aber auf einem anderen Wege. Mit der Begründung Savignys folgert er aus der Quellenstelle, dass hier nicht nur eine Ergänzung des nicht vorhandenen Willens des infans durch Fiction eintritt, sondern dass der Wille des Vormundes, für den infans Besitz zu

[1]) Denzinger i. Arch. f. civil. Pr. Bd 31. S. 278ff.

erwerben, als Ersatzmittel für den diesem mangelnden animus possidendi bei der Stellvertretung gelten solle. Denzinger fasst nämlich auch diesen Fall vollständig als Stellvertretung d. h. den tutor hier vollständig als procurator auf, wobei dann durch die auctoritatis interpositio bewirkt werden soll, dass das Kind plötzlich den animus possidendi des Repräsentierten bekommt. Wie sich nun Denzinger damit abfindet, dass hier doch das Kind selbst die Apprehensionshandlung vornimmt, ist unklar. Die ganze Stellvertretungstheorie wird hierdurch ein zweckloser Umweg, um das Resultat von Savigny zu erreichen.

Im Laufe der späteren Entwickelung des römischen Rechts wurde schliesslich der immer mehr zunehmenden Vielseitigkeit der Verkehrsverhältnisse insofern Rechnung getragen, als man allmählich eine freie Stellvertretung im Besitz und dem damit vielfach verbundenen Eigentumserwerb zuerst bei dem sog. Prokurator später auch in den Personen des Tutors und Curators anerkannte (l. l. § 20. D. 41. 2: »per tutorem possessio nobis adquiritur«, ferner l. 1. § 6 de pign. act. 13,7; l. 13 § 1 D. 41,1). Tutor und Curator konnten jedoch für den Bevormundeten zunächst nur mit der Massgabe handeln, dass sie dies im eigenen Namen thaten, und dass Rechte wie Verbindlichkeiten, vorerst in eigener Person begründet, erst nach Beendigung der Vormundschaft zu Rechten und Verbindlichkeiten des Bevormundeten wurden. Hieraus entwickelte sich dann

die Berechtigung des Vormundes, im Namen des Bevormundeten für diesen zu handeln, indem man von dem Gesichtspunkt ausging, dass es sich im Grunde um Rechte und Verbindlichkeiten des Bevormundeten handele (cf. auch Meischeider S. 279).

Der Besitzerwerb durch den Tutor im Namen des Kindes erfordert zunächst, wie jede Stellvertretung, eine Apprehensionshandlung seitens des Repräsentanten, verbunden mit dem Willen, für den Repräsentierten Besitz zu erwerben. Hier muss der Tutor also, wie jeder andere Stellvertreter selbständig die Apprehensionshandlung vornehmen, im Gegensatz zum ersten Falle, in welchem dies Sache des Kindes war. Gleichzeitig muss er auch den Willen haben, für das Kind zu erwerben. Hat er diesen nicht, so wird das Kind nicht Besitzer, sondern vielmehr derjenige, für den er den Besitz erwerben wollte. Von dem sonst bei der Stellvertretung geltenden Erfordernis des Vorhandenseins eines Besitzwillens in dem Repräsentierten selbst hat man ebenso wie zu Gunsten der juristischen Person (siehe unten) auch hier bei dem Bevormundeten abgesehen (cf. auch Bluntschli »Recht des Besitzes bei den Römern« S. 217). Die letzteren erwerben also durch ihren Tutor auch ohne einen solchen animus possidendi Besitz. Darum findet ausnahmsweise hier wie bei juristischen Personen der Grundsatz der gewöhnlichen Stellvertretung »ignoranti possessio non adquiritur« keine Anwendung.

Jedenfalls kommt es hier also auf ein Wissen von dem Besitzerwerb durch den Tutor nicht an, dem Be-

vormundeten wird durch die gehörige Besitzergreifung des Tutors unmittelbar Besitz erworben.

Das für jede Stellvertretung erforderliche Rechtsverhältnis schliesslich zwischen Repräsentanten und Repräsentierten, durch welches vermittelt wird, dass die Besitzergreifung seitens des Vertreters als Willensakt des Repräsentierten erscheint, entsteht bei dem Besitzerwerb durch den Tutor, durch die obrigkeitliche, bezw. testamentarische Bestellung desselben.

Wie bereits oben bemerkt, ermöglichte das römische Recht in einem Ausnahmefalle dem infans einen Besitzerwerb schliesslich auch ohne Mitwirkung des Tutors. Die vielumstrittene Quellenstelle, welche diesen Ausnahmefall enthält, finden wir in einem Rescript des Kaisers Decius (c. 3 de adquir . poss. C. 7,32: donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur, quamvis enim sint auctorum sententiae dissidentes, tamen consultius videtur interim (licet animi plenus non fuisset adfectus) possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri).

Auch für diese Stelle sind die verschiedensten Erklärungen vorhanden. Savigny supponiert hier eine auctoritas tutoris, und begründet das damit, dass der Kaiser in seinem Rescripte auf ein responsum Papinians verweise, welches mit der oben besprochenen l. 32 D. 41. 2. identisch sei. Die letztere sei allerdings nach der Florentina »Paulus lib. 15. ad Sabinum« über-

schrieben, Alciat gebe ihr jedoch aus anderen Handschriften die Überschrift: »Papinianus lib. 11 Responsorum.« Daraus folgert Savigny, dass auch hier der Tutor seine auctoritas interponiert und dadurch den fehlenden animus des Kindes suppliert.

Dagegen ist jedoch einzuwenden, — eine Thatsache, die Savigny selbst a. a. O. S. 254 Anm. 2 nicht verschweigt — dass diese Identificierung nach den Bluhme'schen Forschungen über die Ordnung der Pandektenfragmente mit den thatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt. (cf. Bluhme i. d. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. IV., 418).

Würde ferner der Kaiser, wenn hier wirklich diese auctoritas supponiert werden müsste, in seinem Rescript ein so wichtiges Moment, welches von entscheidender Bedeutung wäre, unerwähnt lassen?

Dem »interim« in der cit. Stelle giebt Savigny die Bedeutung von »einstweilen«, nämlich bis zum Eintrittt der Pubertät solle der blos corpore erworbene Besitz gelten. Nach erreichter Pubertät solle alsdann der Besitz »auf gewöhnliche Art« anfangen.

Infolge dieser Auslegung hat Savigny die mannigfachsten Angriffe erlitten. Man warf ihm allgemein vor, dass durch diese Auslegung ein unhaltbarer interimistischer Zustand geschaffen werde, indem nach Erreichung der Pubertät die Frage des Besitzerwerbs nochmals an das Kind herantrete, weil es jetzt einen

(Savigny a. a. O. S. 256 Anm. 1.)

selbständigen animus possidendi zu haben im Stande sei. Es werde demnach in Verfolgung der Savignyschen Ansicht der interimistische Besitz erst dann zu einem definitiven, wenn der impubes in das Stadium der Pubertät eingetreten wäre. (So z. B. Meischeider S. 209). Die Konsequenz hiervon würde ein Widerspruch sein, in welchem dieser vorerst interimistische Besitz zu einer Supposition der auctoritas tutoris stände; denn mit dem Moment, wo diese hinzutritt, wird der Besitz bereits definitiv erworben.

Dieser eben erwähnte Angriff gegen Savigny beruht hauptsächlich wohl darauf, dass man ihn falsch verstanden hatte, wenn er interim mit »einstweilen« übersetzte. Savignys Gegner waren scheinbar der Ansicht, in Gemässheit der Savignyschen Lehre sollte sich das Kind nach dem Eintritt der Pubertät ausdrücklich über den Besitzerwerb erklären.

Dagegen will Savigny jedenfalls sagen: der durch die thatsächliche Apprehension des Kindes und die supponierte auctoritas tutoris von vornherein vollendete definitive Besitzerwerb ist bis zur Pubertät insofern nur ein einstweiliger, als dann selbstverständlich stillschweigend der animus possidendi des Mündigen hinzutritt und den Effekt fortsetzen hilft. Wenn Savigny hier von »corpore« redet, so will er damit nur sagen, das Kind besitze naturgemäss in diesem Falle solange blos corpore, bis der animus nach seiner Einsicht hinzukomme, während er nicht bezweifelt, dass

durch die hinzutretende auctoritas tutoris dem Erfordernis des animus possidendi vollkommen genügt wird. Manche (z. B. Kindel »Grundlagen des römischen Besitzrechts« § 16) übersetzen das interim mit »vorläufig« und meinen damit, »bis die Genehmigung des Tutors hinzukommt.« Eine derartige Interpretation widerspricht aber entschieden dem Wesen der interpositio auctoritatis für welche der Satz gilt: »Tutor statim in ipso negotio praesens auctoritatem interponere debet.«

Puchta lässt hier den tradens die Rolle des Tutors spielen. Ebenso wie der Tutor im obigen Falle auf den Verstand des Kindes einwirke und dadurch in diesem einen, wenn auch nicht so vollständigen (wie bei erwachsenen Personen) auf Besitzerwerb gerichteten Willen hervorrufe, so sollte der Besitz auch dann von dem Kinde durch die blosse Apprehension erworben werden, wenn der Tradent durch Ermahnungen, die geschenkte Sache zu behalten, in dem Kinde einen »dem plenus animi affectus wenigstens nahe kommenden Willen« hervorrufe.

Für das gewöhnliche Leben erscheint diese Ansicht jedoch zu unpraktisch. Wie sollte wohl auch in einem Prozesse der Beweis dafür erbracht werden, dass der Tradent wirklich eine solche, wenn auch mangelhafte Willensrichtung in dem Kinde hervorgerufen habe!

Denzinger[1] schliesslich will hier eine Fiktion einführen. Er sagt, der Besitzerwerb vermöge einer Schenkung sei stets ein gewinnbringendes Geschäft,

Anm. [1]) cf. Denzinger im Arch. f. civil. Pr. Bd. XXXI. S. 437. 438.

und es sollte daher, wenn dem Kinde die zu schenkende Sache tradiert wird und dieses dieselbe corpore apprehendiert, so angesehen werden, als ob alle Bedingungen für einen gültigen Besitzerwerb erfüllt seien. In der Hauptsache ist jedenfalls der Denzingerschen Ansicht insofern beizutreten, als nämlich im vorliegenden Falle eine auctoritas sogar unnötig ist; denn einmal handelt es sich hier um eine Schenkung, ein Vorgang, der auch einem ganz kleinen Kinde am ehesten mehr oder minder verständlich wird, anderseits ist hier auch nur von einer traditio corpore die Rede, z. B. keine Willenserklärung dabei erforderlich. Warum sollte also in einem solchen Ausnahmefalle ein Kind nicht einmal allein den Besitz einer Sache erwerben können? Und dass die citierte Stelle eine Ausnahme statuiert, ist doch ganz offensichtlich; denn wir haben es hier zweifellos mit Sachen von einigem Wert[1] zu thun, anderenfalls würde sich der Kaiser wohl schwerlich mit dieser Frage in einem Rescripte so eingehend beschäftigt haben. Wertvolle Gegenstände wird indessen niemand häufiger im täglichen Leben einem Kinde unter 7 Jahren ohne Beisein seines Tutors schenken; weiss er doch nicht, ob das Kind diese Wertgegenstände nicht im nächsten Augenblicke wieder wegwerfen wird. Das Wort

Anm. [1]) Wenn man die Stelle, wie dies Jhering S. 157 Anm. 159 d. thut, nur von Gegenständen sprechen lässt, für die auch ein Kind schon einen Besitzwillen habe, (z. B. Spielzeug), dann würde der Kaiser auch mit Unrecht von einem blossen corpore-Erwerbe sprechen, denn der zum Erwerb solcher Dinge nötige animus wäre doch da. Wozu dann der ganze Streit? (cf. auch Kindel a. a. O. S. 206 Anm. 15).

»interim« erklärt am besten Hölder[1], indem er unter einem interim erworbenen Besitz einen »trotz des mangelnden vollen Verständnisses schon jetzt erworbenen Besitz« versteht. Dass der hier vorliegende Fall ein Fall des Erwerbes »sine tutore« sei, begründet auch er zum Teil damit, dass von einer Mitwirkung des Vormundes hier nirgends die Rede ist.

Demgemäss ist also die Annahme einer supponierten auctoritas nicht allein nicht berechtigt, sondern auch unnötig. Die Quellenstelle will vielmehr zum Ausdruck bringen, dass bei geschenkten und von dem Kinde apprehendierten Sachen der Besitz ausnahmsweise corpore als definitiv erworben gelten soll, und zwar — wie Hölder sagt, — schon jetzt, trotz des mangelnden Verständnisses; denn mit erreichter Pubertät kommt selbstverständlich der animus possidendi des mündig gewordenen Kindes hinzu und der Erwerb ist dann so wie so unantastbar.

Anders wie beim infans, wenigstens zum Teil, gestalten sich die Verhältnisse beim furiosus. Bei ihm konnte das römische Recht in Ansehung der anfänglichen Unmöglichkeit eines selbständigen Besitzerwerbs der Geschäftsunfähigen keine Ausnahme begründen; für ihn war ein animus possidendi völlig unmöglich, und auch vermittelst einer auctoritas seines Curators wäre er ausser Stande gewesen, selbständig Besitz zu ergreifen.[2] (l. l. § 3 D. 41,2: »furiosus, et pupillus

[1]) cf. Hölder Pand. (allgem. Lehren.) S. 206 oben.
Anm. [2]) cf. Savigny »Recht des Besitzes« 7te Auflage S. 248.

sine auctoritate tutoris non potest incipere possidere quia affectionem tenendi non habent«).

Dagegen war es ihm nach Einführung der freien Stellvertretung unbenommen, durch seinen Curator als gesetzlichen Vertreter Besitz zu erwerben. Dieser Besitzerwerb gestaltet sich analog dem Erwerb des infans durch seinen tutor; auch beim furiosus wird von dem Vorhandensein eines animus possidendi, der für ihn unmöglich ist, abgesehen.

§ 2. Besitzerwerb beschränkt Geschäftsfähiger nach römischem Recht.

Hinsichtlich des Besitzerwerbes der sog. unvollkommen Handlungsfähigen des römischen Rechts, der impuberes infantia maiores sowie des prodigus, liefert hauptsächlich die l. l. § 3 D. 41,2 des Paulus das für den Hauptteil der vorliegenden Frage nötige Material.

l. l. § 3 D. 41,2: »Furiosus, et pupillus sine tutoris »auctoritate non potest incipere possidere, quia affec- »tionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo »rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu »ponat. Sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. »Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auc- »toritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam »enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi »potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.«

Auf diesem Gebiete bestehen die mannigfachsten Kon-

troversen unter den Juristen, die sich ihren Ansichten nach hauptsächlich in 2 Gruppen trennen. Die erste dieser Gruppen gestattet dem Pupillen unbedingt selbständig, ohne jede tutoris auctoritas, Besitz zu erwerben, während die andere Ansicht die Frage je nach der intellektuellen Reife der Pupillen bejaht oder verneint. Wie aus der obigen Quellenstelle zu ersehen ist, erkennt Paulus den impuberes infantia maiores einen Besitzerwerb nur mit Hilfe der tutoris auctoritas im Prinzip zu. (»pupillus sine auctoritate tutoris non potest incipere possidere«). Das ist die Regel. Von dieser macht er aber selbst eine Ausnahme, indem er einen Ausspruch des jüngeren Nerva citiert, demgemäss hier ein Besitzerwerb ohne diese auctoritas möglich sein soll, sofern die impuberes »eius aetatis sint, ut intellectum capiant[1].« Soweit zunächst die Quellen! Unter den sich daran knüpfenden Interpretationen der Juristen verneint keine einen Besitzerwerb ohne tutor im Prinzip. Dagegen hat die erste der beiden oben genannten Ansichten in Vangerow und Sintenis, die letzte hauptsächlich in Savigny ihre Vertreter gefunden.

Vangerow[2] sowie Sintenis[3] erklären die Fähigkeit des impubes zu selbständigem Besitzerwerb für eine absolute, mit der geistigen Reife der Kinder nicht im Zusammenhange stehende. Beide stützen ihre Ansicht hauptsächlich darauf, dass sie den Satzteil »si eius

---

[1]) cf. dazu Klein (Sachbesitz und Ersitzung) S. 50.
[2]) cf. Vangerow Pand. 7te Aufl. Bd. 1. § 204.
[3]) cf. Sintenis Gem. Civilr. Bd. 1. § 44 Anm. 17)

aetatis sint, ut intellectum capiant« für eine blosse Umschreibung der infantia maiores ansehen. Diese ihre Ansicht von der absoluten Fähigkeit finden sie offen ausgesprochen in dem Schlussatze der oben behandelten l. 32 § 2 D. 41,2:

»pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.«

Warum ist nun hier jene Umschreibung für die infantia maiores weggelassen? Blos weil im ersten Satz vom infans, im zweiten vom pupillus geredet, der Pupill durch die Trennung beider Sätze als ein »infantia maior« schon genügend charakterisiert ist?

Diese Umschreibungstheorie ist jedenfalls, da wir in den Quellen sonst eine Unterstützung für sie nicht finden, noch nicht erwiesen, so verlockend sie auch sonst sein mag.

Die herrschende Meinung hat sich jetzt vielmehr der Savigny'schen Ansicht angeschlossen, wonach es für das Erfordernis einer auctoritatis interpositio stets auf das Vorhandensein der zu dem betreffenden Besitzerwerb genügenden Einsicht ankommt, für die allerdings je nach dem Gegenstande und der Individualität des Einzelnen ein verschiedener Massstab wird angelegt werden müssen. (Ähnlich auch Savigny System Bd. 2 § 107 Anm. g.).

Eine derartige Prüfung der erforderlichen Einsicht dürfte in der Praxis bei einem infantia maior zweifellos

leichter durchführbar sein, als bei einem infans. Ob diese Einsicht[1] dann im einzelnen Falle vorhanden, ist quaestio facti.

Ein »si eius aetatis sint, ut . . . . .« in diesem Sinne ist jedenfalls auch dann zu dem Satze, welchen Vangerow und Sintenis als Hauptbelegstellen ihrer Ansicht anführen: »pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate . . . . .« zu ergänzen.

Der impubes infantia maior erwirbt demnach tutore auctore stets Besitz,[2] ohne diese auctoritas dann, wenn er den erforderlichen rei intellectus hat.[3] Über die Form der Einlegung einer solchen auctoritas ergeben die Quellen, dass der tutor bei der Vornahme des Erwerbes persönlich anwesend seine auctoritas einlegen musste. (§ 2 J. de auct. tut. 1,21: »tutor statim in ipso negotio praesens, debet auctor fieri, post tempus vero interposita auctoritas nihil agit«). Er muss ferner (l. 14 D. 26,8) volle Kenntniss von dem Vorgange haben, dem Pupillen, wie überall, mit seinem Rat zur Seite stehen (l. 25 D. 49,2: »pupilli, cuius in omnibus rebus ut infirmum iudicium tutore auctore regitur«), und

---

[1]) cf. auch 1. 4 § 2 D. 41,3: pupillus si non tutore auctore possideat, et animum possidendi habeat, dicemus posse eam usucapere, d. h. nach Savigny a. a. O. § 108 Anm. z. wenn er seiner Entwicklung nach schon fähig ist, für diese Sache einen wahren anim. poss. zu fassen. [2]) 1. 1 § 11 D. 41. 2: pupillus maxime tutore auctore adquirit possessionem (cf. auch Savigny System Bd. 3 S. 51 Anm. z.

[3]) Durch constitutum kann Besitz nur ein vollkommen Willensfähiger erwerben, es sei denn, dass dieses mit dem Vormunde abgeschlossen wurde.

schliesslich eine Erklärung wie» auctor fio«, »auctoritatem interpono« abgegeben.

Den interdicierten prodigus behandelte man im ältesten römischen Recht schlechthin als Geisteskranken (l. 40 D. 50 17: »furiosi vel eius, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est.«). Diese Gleichstellung mit dem furiosus wurde jedoch in der Folge nicht mehr beibehalten, man sah ihn als impubes pubertati proximus an. Als solcher war er in der Lage, selbständig zu erwerben, nicht aber »seine Vermögenslage zu verschlechtern« (l. 6. D. 45,1)[1]. Diese selbständige Erwerbsfähigkeit musste man auch auf den Besitz ausdehnen, was einerseits aus seiner späteren Gleichstellung mit dem impubes pubertati proximus hervorgeht, der doch gewiss den oben besprochenen, zum Besitzerwerb erforderlichen intellectus rei besass, und andererseits auch daraus folgt, dass er sogar eine vorteilhafte Erbschaft selbständig antreten, mithin sogar in die Erbschaftsschulden und den Besitz der Erbschaftssachen eintreten konnte.

§ 3. Besitzerwerb Geschäftsunfähiger nach bürgerlichem Recht.

Anders steht es mit dem Besitzerwerb im BGB. Eine Zusammenstellung der Geschäftsunfähigen, sowie der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten finden wir hier in den §§ 104, 106, 114 und zwar rechnet

[1]) Dernburg Pand. Bd. 1. § 57 3.

das BGB. zu den ersteren 1) alle Personen, welche das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, 2) diejenigen, welche sich in einem Zustande krankhafter dauernder Störung der Geistesthätigkeit befinden und 3) die wegen Geisteskrankheit Entmündigten. Zu der Kategorie der beschränkt Geschäftsfähigen gehören hier alle Minderjährigen über 7 Jahre, sowie die wegen Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht Entmündigten bezw. die nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft Gestellten.

Nach BGB. § 854 Absatz 1 wird der Besitz einer Sache erworben, durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache. Das BGB. spricht hier nur von dem körperlichen Verhältnis, die Willensseite des Besitzerwerbes im römischen Recht hat hier im Gesetzestext keinerlei Erwähnung gefunden. Man würde jedoch zu weit gehen, wollte man behaupten, das BGB. habe dadurch im Gegensatz zum römischen Recht das Erfordernis des animus gänzlich aufgegeben und sich mit der Herstellung des körperlichen Verhältnisses in allen Fällen begnügt. Wenn das BGB. im Gesetzestext den Besitzwillen auch nicht ausdrücklich verlangt, wenn es ihn nicht zu einem selbständigen gesetzlichen Erfordernis macht, so können wir doch, wie wir unten sehen werden, die Notwendigkeit eines solchen zum Zustandekommen vieler Besitzverhältnisse nicht rundweg negieren.[1] Im § 872 BGB. finden wir sogar noch einen Anklang an den von Savigny aufge-

[1]) Im Gegensatz zu Bekker in Jherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 31 ff.

steflten animus = Begriff, indem der § 872 sagt: »Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt.« (Näheres darüber s. unten). Auf das Vorhandensein eines animus wird es im neuen Recht sogar häufig gar sehr ankommen, um festzustellen, ob in dem betreffenden Falle Besitz oder ein blosses »Raumverhältnis« vorliegt.

Verstecken wir z. B. in den Kleiderschrank eines Freundes ohne dessen Wissen und Willen einen unserer Anzüge, um denselben der Findigkeit des erwarteten Gerichtsvollziehers zu entziehen, so liegt vorläufig ein blosses Raumverhältnis vor, Besitz hat der Freund ohne Weiteres noch nicht erworben. Erhält er dagegen auf irgend eine Weise von diesem unserem Thun Kenntnis, so kann er sehr wohl den Besitz des Anzuges erwerben.

Von der Aufstellung eines selbständigen Willenserfordernisses im Gesetzestext hat bereits der erste Entwurf insofern Abstand genommen, als er zwar zum Besitzerwerbe, nicht aber zur blossen »Inhabung« einen Inhabungswillen erfordert, (cf. Planck Comm. zum BGB. III S. 32 Abs. 3,) und zwar aus dem Grunde, weil man

> „unter Willensfähigkeit in Ansehung des Inhabungswillens etwas anderes verstehen müsste, als in Ansehung des Besitzwillens und des rechtsgeschäftlichen Willens verstanden wird, um nicht die Inhabung des Kindes oder des Wahnsinnigen vollständig schutzlos zu lassen.« (Motive Bd. 3, Seite 81).

und »dass Kinder und Wahnsinnige den rechtlich geschützten Zustand der Inhabung allein, also selbstständig, herbeiführen könnten, erkennen die Motive Bd. 1, S. 85 ausdrücklich an.« (Planck a. a. O.) Der 1. Entw. erwähnt, wie oben gesagt, einen Willen als Erfordernis des Besitzerwerbes allerdings im Gesetzestext, er knüpft den Schutz aber, wie die §§ 815 bis 821 des 1. Entwurfs zeigen. an die Inhabung, also an das äusserliche Herrschaftsverhältnis (cf. Biermann Sachr. im Comm. z. BGB. Anm. 2a zu § 854). Ein Antrag, dem Abs. 1 des § 854 die Worte hinzuzufügen »wenn der Erwerber den Willen hat, die Sache in seiner Gewalt zu haben« wurde von der 2. Kommission abgelehnt unter der Begründung, dass ein solcher Zusatz für alle die Fälle, in denen eine thatsächliche Gewalt nicht ohne einen gewissen Besitzwillen denkbar sei, entbehrt werden könnte, dagegen in denjenigen Fällen

> »bedenklich sei, in welchen ein solcher Erwerbswille desjenigen, der den possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hilfe willkürlicher Annehmen und Fictionen zu construieren sei.«

(Prot. S. 3336.)[1]

Von diesem Gesichtspunkte ausgehend, um also auch rechtlich willensunfähigen Personen einen Besitzerwerb zu ermöglichen, nahm daher die 2. Komm. den § 800 des 1. Entwurfs, welcher Geschäftsunfähige vom selbständigen Erwerb des »Besitzes« ausschloss, nicht an.

[1]) cf. dazu auch die Denkschr. z. Entw. des B. G. B. S. 161.

„Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache« — so heisst es im § 854 Abs. 1 des BGB.

Ob ein solches Herrschaftsverhältnis erlangt ist, darüber muss die Lebens- und Verkehrsanschauung entscheiden. Die Herstellung eines rein äusserlichen Herrschaftsverhältnisses wird namentlich dann genügen, wenn — wie Kuhlenbeck in seinem Bürgerl. Ges. B. Anm. 2 zu § 854 sagt — die Verkehrsanschauung das rein äussere Verhältnis zur Sache für genügend erachtet, um die wirtschaftliche Zweckbestimmung der Sache für den Besitzer zu sichern.

Natürlich wird dabei die Anschauung des Verkehrs einen bald strengeren bald milderen Massstab je nach der Beschaffenheit der betr. Sache anlegen müssen, und wird hierbei besonders der Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen von Erheblichkeit sein.

Ein rein räumlich-körperliches Verhältnis wird, wie gesagt, in vielen Fällen zur Erlangung der thatsächlichen Gewalt genügen. So erwirbt z. B. der Besitzer eines Obstgartens ohne Weiteres Besitz an den innerhalb seines Terrains herabgefallenen Äpfeln, Birnen u. s. w. allein dadurch, dass dieselben sich in seinem räumlich-körperlichen Machtbereich befinden, also ohne dass es des Vorhandenseins oder der Bethätigung eines auf den Erwerb gerichteten Willens seinerseits bedarf. Eine so ohne jeden Besitzwillen hergestellte thatsächliche Gewalt ermöglicht auch geschäftsunfähigen Personen einen selbständigen Besitzerwerb.

Anderer Ansicht ist hier allerdings Endemann in seinem Lehrbuch des Bürgerl. Rechts 6. Aufl. Bd. 1, S. 108 Anm. 7c und Bd. 2 S. 154ff. An erster Stelle begründet er seinen Widerspruch gegen die herrschende Meinung hauptsächlich mit dem Umstand, dass solche Geschäftsunfähige sonst im BGB. »für rechtlich wirksame Vorgänge als selbständige Personen überhaupt nicht in Betracht kämen.«

Endemann stellt hier den in Abs. 1 des § 854 behandelten Besitzerwerb, mit allen sonstigen im BGB. vorgesehenen »rechtlich bedeutsamen Vorgängen,« also hauptsächlich auch mit Rechtsgeschäften auf ein und dieselbe Stufe.

Von einem Rechtsgeschäft im gesetzlichen Sinne kann doch hier aber keine Rede sein, wir haben es hier nur vielmehr mit einer Rechtshandlung zu thun; auch finden wir im Gesetze selbst keinen Anhaltspunkt dafür, jeden Besitzerwerb als Rechtsgeschäft aufzufassen. Es müsste ja dann auch der Dieb, sobald er stiehlt, ein Rechtsgeschäft vornehmen! Dass allerdings bisweilen durch Rechtsgeschäft Besitz erworben werden kann, ist klar. Den hier am nächsten liegenden Beweis liefert uns bereits der Abs. 2 des § 854, nach welchem unter den dort näher angegebenen Voraussetzungen der Besitzerwerb durch die Einigung des bisherigen Besitzers mit dem Erwerber sich vollzieht.

Wir können diese Fälle jedoch keinesfalls zur allgemeinen Regel erheben und jeden Besitzerwerb als Rechtsgeschäft bezeichnen.

Bestätigt finden wir diese Ansicht auch bei Cosack (Lehrbuch des bürgerl, Rechts Bd. II. S. 69), wenn derselbe bemerkt. »der ursprüngliche Besitzerwerb ist kein »Rechtsgeschäft, da er ja eine Willensäusserung des »Besitzerwerbers nicht unbedingt voraussetzt und da »auch in solchen Fällen, in denen an dem Erfordernis »des Besitzwillens auf Seiten des Erwerbers festgehalten »werden muss, dieser Wille nur als natürlicher, nicht »als rechtsgeschäftlicher Wille in Betracht kommt.«

Warum würde sonst wohl auch der I. Entwurf in den §§ 722, 800 u. s. w. ausdrücklich in Bezug auf Geschäftsfähigkeit Erfordernisse nochmals besonders hervorheben, denen er schon alle Rechtsgeschäfte zwecks ihrer Rechtsgültigkeit im Allgemeinen unterwirft?[1]

Einen wie oben geschilderten Besitzerwerb, bei welchem zur Herstellung der Gewalt ein Besitzwille auf Seiten des Geschäftsunfähigen sich vollkommen erübrigt, kann man jedenfalls unmöglich einem Rechtsgeschäft vergleichend gegenüberstellen, dessen Konstruktion infolge einer dazu erforderlichen rechtlich bedeutsamen Willensäusserung eine ganz andere ist. Aus einem solchen Vergleich sind schwerlich so gewichtige logische Schlüsse zu ziehen, wie dies Endemann thut, wenn er den Geschäftsunfähigen die Möglichkeit eines

[1]) cf. hierzu auch Fischer-Henle Handausg. des B. G. B. 5te Aufl. Anm. 5 zu § 854. und 2te Aufl. Anm. vor § 104, Anm. 2 zu § 105; Leonhard Allg. Teil des B. G. B. § 86 IV; Kniep Der Besitz des B. G. B. S, 91. Abs. 6 und S. 93 Abs. 3. Fischer, Vortr. über den Entw. eines B. G. B.; Strohal Sachbesitz. S. 75.

selbständigen Besitzerwerbes hauptsächlich aus seinem oben angegebenen Grunde absprechen zu müssen glaubt. Hier, wo gar kein Wille, nicht einmal zur Herstellung der thatsächlichen Gewalt erforderlich ist, brauchte Endemann doch nicht einen Besitzerwerb für Geschäftsunfähige gänzlich zn verneinen.

Im Vorhergehenden sind nur solche Fälle einer Erörterung unterzogen worden, bei denen das Erfordernis eines Willens zur Herstellung der thatsächlichen Gewalt vollkommen in Wegfall kam. Zu diesem äusserlichen körperlichen Moment, dessen Vorhandensein in den besprochenen Fällen zur Begründung der thatsächlichen Gewalt genügte, wird jedoch häufig ein inneres Moment, ein Wille hinzutreten, ohne den ein Zustandekommen der thatsächlichen Gewalt undenkbar ist. Insofern können wir also das Vorhandensein eines Willenserfordernisses auch im BGB. nicht direkt abstreiten (cf. auch Prot. S. 3343). Dieser »Besitzwille« des BGB, ist allerdings nicht, wie im römischen Recht, ein dem körperlichen Verhältnis »coordiniertes« selbständiges Erfordernis des Besitzerwerbes, sondern nur eine unter Umständen, aber durchaus nicht immer, erforderliche Voraussetzung der thatsächlichen Gewalt. (Biermann im Komm. z. BGB. S. 4 Abs. 2).

Diese unter Umständen eintretende Notwendigkeit tritt uns im Gesetz selbst z. B. in § 867 klar entgegen, wo das BGB. einen Abholungsanspruch demjenigen einräumt, aus dessen Gewalt eine bewegliche Sache auf ein dem anderen gehöriges Grundstück gelangt ist.

Hier bewirkt das Vorhandensein des rein räumlichen Verhältnisses allein noch keinen Besitz für den anderen.

Der in diesen Fällen erforderliche Wille ist jedoch kein rechtsgeschäftlicher, sondern ein viel weniger entwickelter, rein natürlicher Wille. Es wird hier keine den Erfordernissen des § 105 entsprechende Willensthätigkeit verlangt. Darum sind auch hier Geschäftsunfähige im Stande, durch eigene Handlungen einen rechtlich geschützten Besitz zu erwerben,[1] sofern sie nur den auf die Herstellung der thatsächlichen Gewalt gerichteten, häufig erforderlichen Willen nach aussen hin offen zu erkennen geben.[2]

Anderer Ansicht ist hier wieder Endemann a. a. O. § 61 Anm. 4, indem er ausführt, die Herstellung einer thatsächlichen Gewalt genüge nicht, sie müsse vielmehr »erlangt« sein, d. h. bewusst von einem hierzu Geschäftsfähigen. Eine ausdrückliche Widerlegung dieser Ansicht erübrigt sich wohl. Gegen sie spricht hauptsächlich schon die Denkschrift S. 109, wenn sie sagt: »einen auf die Erlangung der thatsächlichen Gewalt« gerichteten Willen des Erwerbers verlangt der

[1]) Ebenso Strohal Sachbes. S 76.; Fischer-Henle Handausg. z. B. G. B. 2te Aufl. Anm. 5 zu § 854.
Biermann Commt. z. B. G. B. S. 4.
Planck Comment. Anm. 2 zu § 854.
Matthiass Lehrb. des B. G. B. 4te Aufl. Bd. 2 § 3.
cf. auch Franck »der Besitzwille nach dem B. G. B.«

[2]) Auch ein Wissen von dem Erwerbe ist nach B. G. B. nicht erforderlich. (cfr. auch Fischer-Henle Handausg. z. B. G. B. 5te Aufl. Anm. 5 zu § 854 und Biermann a. a. O. S. 4c.)

»Entwurf nicht, denn es sind auch solche Fälle zu be-
»rücksichtigen, in denen eine Sache in den äusseren
»Machtbereich einer Person unter Umständen gelangt
»ist, unter welchen ein Erwerbswille nicht angenommen
»werden kann, gleichwohl aber das Bedürfnis des Be-
»sitzschutzes besteht.« Eigenbesitzer dagegen können Geschäftsunfähige durch selbständiges Handeln der herrschenden Meinung nach[1] nicht werden. Wie bereits oben bemerkt, begegnen wir im § 872 noch einem Anklang an den Savigny'schen animus-Begriff. Zum Begriffe des Eigenbesitzes gehört ein animus domini, d. h. ein Wille des Besitzers, die Sache als ihm gehörend zu besitzen, sie wie ein Eigentümer zu beherrschen. Dieses Willenserfordernis ist auch im Gesetzestext selbst in den Worten »als ihm gehörend« zum Ausdruck gebracht. (cf. hierzu auch Wolff »Begriff des Besitzes nach BGB.« S. 13).

Abgesehen davon ist auch in der dem Reichstag vorgelegten Denkschrift dieser Wille als ein wesentliches Merkmal des Eigenbesitzbegriffes hingestellt.

Begreiflicherweise kann dazu ein Geschäftsunfähiger nicht fähig sein; infolgedessen darf man in diesem Falle auch »die rechtlichen Folgen (Eigentumserwerb u. s. w.) bei einem Besitzerwerb durch Geschäftsunfähige nicht eintreten lassen.« (Biermann a. a. O. S. 4). Ungeachtet der obigen Begründung, welche wir, wie bemerkt, aus dem Gesetze selbst und seinen Vorarbeiten

[1]) cf. Matthiass Lehrbuch des bürgerl. Rechts 4te Aufl. Bd. 2 S. 6.; Biermann Comment. Anm. 1 zu § 872; Engelmann das alte und das neue bürgerl. Recht S. 470.

entnehmen können, begnügen sich Andere [1] im Gegensatz zur herrschenden Meinung mit dem äusseren Anscheine des Eigentums, erfordern daher nur die Einnahme der Stellung eines Eigentümers. Dazu ergänzt Dernburg noch »wer die thatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, hat der Vermutung nach diese Stellung.«

Wir bemerkten oben ausdrücklich, dass Geschäftsunfähige durch »selbständiges Handeln« nicht Eigenbesitzer werden können. Selbstverständlich ist ihnen aber die Möglichkeit, Eigenbesitzer zu werden und damit eventuell Eigentum zu erwerben, dann nicht verschlossen, wenn der für den Geschäftsunfähigen handelnde Vertreter den erforderlichen Willen hatte. Hat z. B. der gesetzliche Vertreter für sein Mündel eine gestohlene Taschenuhr in gutem Glauben erworben, so ist der Mündel Besitzer, da in seiner Person das körperliche Verhältnis vorliegt, er ist ferner Eigenbesitzer, da der Vormund für ihn erwerben wollte. (cf. dazu Kniep a. a. O. § 16).

Während der oben besprochene Absatz I. des § 854 sich auf den originären Besitzerwerb beschränkt, behandelt der Abs. 2 ausschliesslich den derivativen Erwerb des Besitzes.

Hier hat das BGB. eine Verkehrserleichterung insofern eintreten lassen, als es bestimmte, dass die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zum

[1]) cf. Dernburg Bürgerl. Recht 2te Aufl. § 12. 2.; Fischer-Henle Handausgabe des B. G. B. 2te Aufl. Anm. 1 zu § 872.

Besitzerwerbe genügen solle,[1] sofern der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

Wenn der Gesetzgeber sich hier des Ausdruckes bedient, »sofern der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben«, so wird unter Gewalt hier nicht die thatsächliche Gewalt mithin keine unmittelbare Einwirkung auf die Sache erfordert, es wird vielmehr als Voraussetzung des Besitzerwerbs nach § 854 Abs. 2 die Möglichkeit, wirtschaftlich ungestört auf die Sache einzuwirken und sie sich nutzbar zu machen, genügen.

(cf. auch Bendix Besitzlehre nach dem BGB. S. 11).

Die Einigung des Abs. 2 setzt aber nicht, wie oben, einen blos natürlichen Willen, sondern vielmehr eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung auf Seiten jeder Partei voraus.[2] Sie bezweckt die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, sie ist ein abstrakter dinglicher Vertrag, welcher nach dem BGB. bei jedem Erwerb eines dinglichen Rechts einschliesslich des Besitzes durch Übertragung vorhanden sein muss.[3]

Allerdings bedient sich das Gesetzbuch hier eines Ausdrucks, wie »Vertrag« oder »vertragsmässig« nicht, ein solcher Ausdruck ist jedenfalls deswegen nicht besonders im Gesetzestext aufgenommen worden, weil

---

[1]) Dieser Fall ist wohl zu unterscheiden von einer Rechts-Übertragung, bei der die Einigung genügt. In unserem Falle wird der Besitz des bisherigen Besitzers nur dann von dem anderen erworben, wenn seiner Gewaltausübung z. Zt. der Einigung kein thatsächliches Hindernis im Wege steht (cf. dazu auch Staudinger Comm. z. B. G. B. Anm. 221 zu § 851).

[2]) cf. Biermann i. Comm. z. B. G. B. Anm. 3. zu § 854.

[3]) Anderer Ansicht ist Planck Comm. Anm. 3a zu § 854.

— wie auch die Beispiele der §§ 873, 929 etc. zeigen, — das BGB. hinsichtlich seiner sachenrechtlichen Bestimmungen allgemein von einem solchen Zusatz Abstand nimmt. Auf diese Einigung, die, wie oben bemerkt, ein Vertrag im Sinne des BGB. ist, kommen demnach die allgemeinen Vorschriften desselben über Rechtsgeschäfte zur Anwendung. Die Folge hiervon ist, dass Geschäftsunfähigkeit auf Seiten des Erwerbers zur Zeit der Einigung für diesen die Möglichkeit eines selbständigen Besitzerwerbs ausschliesst. Diesem Umstande jedoch kann dadurch wirksam abgeholfen werden, dass der Abschluss des in Frage stehenden auf den Übergang des Besitzes gerichteten Vertrages für den Geschäftsunfähigen durch einen Vertreter erfolgen kann. Durch diesen Vertretungsakt wird dem Vertretenen jedoch in den meisten Fällen der Besitz nur erworben, sofern er selbst, nicht der Vertreter, die Bedingung des Abs. 2 § 854 erfüllen kann, d. h. sofern er selbst in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.[1]

Als Besitzerwerbsart findet man schliesslich in verschiedenen Lehrbüchern und Kommentaren auch einen sog. Besitzerwerb durch Erbfolge, den neuen Bestimmungen des BGB. in § 857 entsprechend, hierher gezogen. Der § 857 enthält die kurze Bestimmung: »Der Besitz geht auf den Erben über.« Das BGB. führt mit diesem Satze auf dem Gebiete der Besitzlehre eine bedeutungsvolle Neuerung gegenüber den Lehren des gemeinen

[1]) cf. dazu Strohal Sachbesitz S. 82.

Rechts sowie des Allgem. Land-R. ein. Der Gesetzestext steht in dieser Hinsicht sogar noch im schroffsten Gegensatze zum 1. Entwurf, der in § 2052 ausdrücklich betont, dass Besitz und Inhabung der zur Erbschaft gehörenden Sachen nicht kraft Gesetzes auf den Erben übergehen, wenngleich er im § 2054 dem Erben einen gewissen Besitzesschutz auch nicht versagen konnte. Die Gründe, welche zu der genannten neuen Bestimmung geführt haben, gehören nicht hierher; jedenfalls dürfte aber in dieser neuen Bestimmung zugleich auch eine neue Art der Besitzbegründung nicht ohne Weiteres zu finden sein. Das in § 857 ausgesprochene Prinzip der Vererblichkeit des Besitzes — eine Konsequenz der Universalerbfolge in § 1922, welche einen ausdrücklichen Erbschaftsantritt erübrigt — und die Erbfolge in den Besitz überhaupt bedeutet vielmehr nur eine Vermitttelung des Überganges eines beim Erblasser selbst bereits begründeten mittelbaren oder unmittelbaren Besitzes.

Der »Besitz« des § 857 ist daher nicht gleichbedeutend mit »thatsächlicher Gewalt«. Die letztere endet mit dem Tode des Erblassers, sie ist — wie Planck nachdrücklich betont, — als etwas Thatsächliches der Übertragung durch Rechtssatz unzugänglich. Der im BGB. selbst enthaltene beste Beweis für die Unmöglichkeit einer solchen Identificierung ist der, dass das Gesetz selbst einem solchen Besitz

[1]) cf. Matthiass Lehrb. des bürgerl. Rechts Bd. 2 S. 12. cf. dazu Strohal Sachbes. S. 100. cf. Planck Komm. z. B. G. B. § 857 Anm. 2.

aus § 857 den vom Erben thatsächlich ergriffenen Besitz im § 2027 Abs. 2 gegenüberstellt.

Der § 857 soll nur den Rechtszustand für die Zeit zwischen dem Erbfall und der Erlangung der thatsächlichen Gewalt seitens des Rechtsnachfolgers des Erben regeln. Der Erbe soll rechtlich als Besitznachfolger gelten, solange er die thatsächliche Gewalt noch nicht erlangt, eventuell vom Erbfalle noch gar keine Ahnung hat, er soll damit gegen Dritte geschützt werden.

Ein Gegner der soeben entwickelten Auslegung des § 857 tritt uns in Bekker (cf. Bekker in Bernhöfts und Binders Beiträgen S. 17) in seinen »Aphorismen zur Besitzlehre« entgegen. Bekker führt u. a. aus, dass nach einer derartigen Interpretation ein »nicht in alle Geheimnisse der Rechtsdeutelei Eingeweihter an der Verständlichkeit des Gesetzbuches für das Volk, für das es geschrieben sei, verzweifeln müsste, wenn er erfahren sollte, dass er trotz der Worte des § 857 im gegebenen Falle nicht Besitzer geworden sei.« Einen Grund zu einer solchen »Verzweiflung« werden wohl nur wenige einzusehen vermögen, geniesst doch der Betreffende, solange er den Besitz der Erbschaftsgegenstände noch nicht nach § 854,1 erlangt hat, auch nach unserer Interpretation den Besitzschutz gegen unberechtigte Eingriffe Dritter.

Unter diesen Umständen wird es dem Betreffenden wohl ziemlich gleichgültig sein, ob er schon jetzt »Besitzer« im Sinne des Gesetzes ist, oder ob er dies erst dann wird, wenn er die thatsächliche Gewalt erlangt hat.

Bekker führt dann im Weiteren aus, dass alle Schwierigkeiten verschwinden, sobald wir den Besitz als ein Rechtsverhältnis ansehen und demnach den § 857 BGB. dahin interpretieren, dass das Rechtsverhältnis, in welches der Erblasser durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt zu der Sache getreten ist, mit dessen Tode auf den Erben übergeht.

Ein näheres Eingehen auf die einzelnen Ansichten über die Streitfrage, ob der Besitz begrifflich als Rechtsverhältnis aufzufassen sei oder nicht, würde den Rahmen der vorliegenden Bearbeitung übersteigen. Die Frage selbst ist jedenfalls im Gesetze nicht entschieden und begegnen wir in der diesbezüglichen Litteratur bis in die neueste Zeit den verschiedensten Ansichten hierüber. Jedenfalls können wir nicht in Abrede stellen, dass es eine Besitzfeststellungsklage giebt.

Nach § 256 CPO. kann aber auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden. Wollte man daher dem Besitz die Natur eines Rechtsverhältnisses absprechen, so dürfte man auch die Möglichkeit einer Besitzfeststellungsklage nicht anerkennen.

Ebenso fasst Dernburg den Besitz als Rechtsverhältniss auf, da derselbe eine rechtlich wirksame Thatsache bildet und Fischer[1] erklärt ausdrücklich, die Rechtsnatur des Besitzes könne nicht mehr bezweifelt werden.

[1]) Fischer Sachenrecht S. 24.
cf. auch Gierke Fahrnisbesitz S. 9. und Wolff a. a. O. S. 25.

Schliessen wir uns diesen Ansichten an, so ist die oben angegebene Bekkersche Auslegung der Bestimmungen des § 857 BGB. eine sehr einfache und fassliche. Einfach jedoch nur von dem Standpunkte der Theorie aus! Ins praktische Leben übersetzt würde diese Auslegung — diesen Einwand macht Bekker sich sogar selbst, — in ihrer Ausführung sehr schwer sein. In der Praxis wird der Erbe stets in irgend einer Form später oder früher die thatsächliche Gewalt über die Erbschaftsgegenstände erlangen und bis zu diesem Zeitpunkt geniesst er ja auch nach unserer ersten Auslegung den Schutz gegen unberechtigte Eingriffe Dritter Es liegt zudem im eigensten Interesse des Erben, sobald als möglich auch die thatsächliche Gewalt nach § 854 zu erlangen, da die Zahl der Erbschaftsprätendenten bisweilen eine grosse sein kann, wenn sich der eine auf das Testament, ein anderer auf das gesetzliche Erbrecht u. s. f. beruft. Hier wird das Gesetz den Besitz demjenigen gewähren, welcher die thatsächliche Gewalt nach § 854 erlangt hat.

Wenn das Gesetz sich des Ausdruckes »übergehen« bedient, so kann jedoch von einem Übergange nur insofern die Rede sein, als dem Erblasser ein Besitzanspruch zustand, abgesehen selbstredend von dem Falle, dass der Anspruch sich gegen den Erben richtet.

Das Resultat wäre demnach folgendes[1]: Ein vom Erblasser thatsächlich ausgeübter Besitz geht als solcher nicht auf den Erben über. Die thatsächliche Gewalt

[1]) cf. auch Kniep der Besitz des B. G. B. § 19 IV.

endet mit dem Tode des Erblassers. War in diesem Augenblick in dem Erben das körperliche Verhältnis gegeben, so wird er, — wie Kniep a. a. O. bezeichnend sagt, — »Besitzer von Rechtswegen.«

Ist dagegen im Augenblicke des Todes des Erblassers in der Person des Erben das körperliche Verhältnis noch nicht vorhanden, so gewährt der Erbfall dem Erben einen Anspruch, sich der Erbschaftsgegenstände zu bemächtigen, er wird dank der Bestimmung des § 857 BGB. rechtlich als Besitznachfolger gelten und — wie oben gesagt — damit gegen Dritte geschützt werden, »Besitzer von Rechtswegen« wird er jedoch in diesem Falle erst mit der Erlangung der thatsächlichen Gewalt.

Dass diese Vorteile auch einem nicht vollkommen Geschäftsfähigen zu statten kommen müssen, ist offensichtlich. Hat dann der Erbe die thatsächliche Gewalt erlangt, so ist er Besitzer aus § 854 BGB., und ist bezüglich dieses Besitzerwerbes in Ansehung geschäftsunfähiger Personen auf die obigen Ausführungen des § 3 zu verweisen.

§ 4. Besitzerwerb beschränkt Ceschäftsfähiger nach bürgerl. Recht.

Hinsichtlich beschränkt geschäftsfähiger Personen sprach der I. Entw. in § 800 Abs. 2 ausdrücklich aus, dass diese durch eigene Handlungen Besitz erwerben konnten. Die zweite Commission strich diese Vorschrift als selbstverständlich. (Prot. Bd. 2. S. 3343). Diese Selbstverständlichkeit ist jedoch nur für den originären Besitzerwerb aus § 854 Abs. 1 anzunehmen.

Bezüglich des im Abs. 2 besprochenen derivativen ist zu bemerken, dass hier die beschränkt Geschäftsfähigen analog den Geschäftsunfähigen zu behandeln sind, sofern nicht, — wie Strohal sagt, — eine der besonderen Voraussetzungen vorliegt, unter denen eine solche Erklärung zur Wirksamkeit gelangt, (Strohal a. a. O. S. 82) d. h. sofern nicht gemäss den §§ 107 bis 109 BGB. zu der Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen die Einwilligung, bezw. nachträgliche Genehmigung seitens des gesetzlichen Vertreters hinzutritt.

§ 5. Besitzerwerb juristischer Personen nach römischem Recht.

Ob und unter welchen Bedingungen das römische Recht einer juristischen Person[1] eine Besitzerwerbsfähigkeit zusprach, und wie sich solcher Erwerb gestaltete, ist aus den Quellen sehr wenig ersichtlich. Jedenfalls waren die juristischen Personen als nicht wirklich existierende sondern nur vorgestellte Rechtssubjekte eines selbständigen Besitzerwerbes vollkommen unfähig. Ihre Unfähigkeit zum Besitzerwerb beruht demnach nicht auf einer individuellen Unvollkommenheit, sie ist vielmehr ein Ausfluss des allgemeinen Wesen dieser Personenklasse.[2]

Einen animus possidendi konnte die juristische Person selbst nicht haben. Ob sie durch Sklaven wenigstens Besitz an den zum peculium gehörenden Sachen hatte,

[1]) Als juristische Personen gelten im römischen Recht die einzelnen Municipien, der röm. Staat. (aerarium, fiscus), die erlaubten Vereine (sodalitates und universitates).

[2]) cf. auch Savigny System Bd. III. S. 90.

war im ältesten römischen Recht noch sehr bestritten. Man führte dagegen vor allem die Behauptung an, dass ein Besitz durch den Sklaven deswegen ein Unding sei, weil die juristische Person gemäss der l. 1. § 22 D. 41,2 ebenso wie an anderen Sachen, so auch an Sklaven selbst keinen Besitz habe.

»Zur Zeit der ausgebildeten Rechtswissenschaft« — wie Savigny System Bd. II. § 91 sagt, — war es jedoch entschieden, dass Städte und alle anderen juristischen Personen sowohl durch Sklaven wie durch freie Stellvertreter Besitz erwerben konnten, indem bezüglich des erforderlichen animus possidendi auf den animus des Vertreters gesehen wurde.

In den Quellen ist diese allmählich ausgebildete Möglichkeit eines Besitzerwerbes durch Sklaven und freie Stellvertreter ausdrücklich ausgesprochen hinsichtlich der municipes in l. l. § 22 D. 41,2. (Municipes per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt) in Verbindung mit l. 2. D. 41,2: (sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint, idque eis et per servum et per liberam personam adquiratur.) Dasselbe müssen wir aber auch für die übrigen juristischen Personen annehmen, zumal dieselben auf dem Gebiete des Besitzerwerbes den municipes, wie l. 7. § 3 D. 10. 4 beweist, gleichgestellt werden. (l. 7. § 3 D. 10,4: . . idem et in collegiis ceterisque corporibus dicendum erit.)

Ob die hereditas iacens eine juristische Person sei, und demnach hierher gehört, ist bestritten. Dernburg (Pand. 1. § 62 Anm. 9 und § 59 Anm. 8) verneint es mit

der Begründung, die l. 22 D. 46,1 (mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas) solle nur vergegenwärtigen, dass es neben physischen auch blos vorgestellte Personen gebe. Die herrschende Meinung fasst die hereditas iacens jedoch als juristische Person auf. Jedenfalls sagen die Quellen, dass die hereditas iacens: possessionem non habet, quae est facti et animi, (l. 1. § 15 D. 27,4). Für sie ermöglichte man einen Besitzerwerb erst vermittelst ihres curator bonorum.[1]

Im Übrigen vollzieht sich der Besitzerwerb der juristischen Personen also »et per servum et per liberam personam.« Unter diesen liberae personae sind die mit der Vertretung der juristischen Person Betrauten zu verstehen. Genauer wird dies durch die Organisation der einzelnen juristischen Personen bestimmt, z. B. beim Fiscus durch die Organisation des betreffenden Staates, bei der Stiftung durch die Anordnungen des Stifters, bei Korporationen mit ausgebildeter Verfassung (universitates ordinatae) durch die letztere.

Ob die Handlungen dieser Vorstände bezw. Vertreter als Handlungen der juristischen Person selbst anzusehen seien, darüber herrschte lange Zeit Streit.

Es erklärt sich dies daraus, dass man in Rom von dem Standpunkte ausging, dass Rechtshandlungen nur persönlich von den Einzelnen vorgenommen werden durften. (cf. Dernburg Pand. Bd. 1. S. 157). Daher liess man die

[1]) cf. darüber Kreittmayr Anmerkung zum Bayr. Landr. Teil II. Cap. 5 § 3.

Wirkung der Handlungen der Vertreter einer Korporation auch nur in deren Person eintreten und die von ihnen abgegebenen Willenserklärungen nicht als solche der juristischen Person selbst gelten.

Nach der jetzt allgemein vertretenen Ansicht wird die Korporation aber vollständig durch die innerhalb ihrer Vertretungsmacht handelnden Vertreter (Vorstände etc.) so vertreten, als ob die juristische Person selbst handelte. (cf. dazu die Quellenstelle l. 14 D. 50,1: municipes intelligunt scire quod sciant hi, quibus summa rei publicae commissa est.).

Für den Besitzerwerb selbst gelten im Übrigen die allgemeinen Bestimmungen über die Stellvertretung im Besitzerwerb, mit der Massgabe jedoch, dass auch hier, ebenso wie bei dem Erwerb des Sklaven ex causa peculii und dem der bevormundeten Personen, von dem Erfordernis des animus possidendi in dem Vertretenen selbst zu Gunsten der juristischen Person abgesehen wird. Daher findet auf diesen Erwerb auch die Regel: »ignoranti possessio non adquiritur« nach der herrschenden Meinung keine Anwendung[1]. Die Apprehension muss entweder durch den Vertreter selbst oder durch eine von ihm damit betraute Person vorgenommen werden. Der Vertreter vertritt also hier bei dem Besitzerwerb der juristischen Person in corpus und animus, ebenso wie bei Erwerb durch Tutoren und Kuratoren.

---

[1]) cf. dazu Holzschuher Theorie und Casuistik Bd. II. S. 10. Schweppe Röm. Privatr. Bd. II. S. 32.
Savigny Recht des Besitzes § 26. Anderer Ansicht Warnkönig im Arch. f. d. civil. Prax. Bd. 20 S. 412 ff.

§ 6. Besitzerwerb juristischer Personen nach bürgerlichem Recht.

Eine Sonderstellung nehmen im BGB. die juristischen Personen insofern ein, als sie weder geschäftsunfähig noch in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind.[1]

Die Frage, ob juristische Personen an sich handlungsunfähig und die Handlungen ihres Vertreters nur als eigne Handlungen der juristischen Person anzusehen seien, oder ob sie selbst durch ihre Organe handeln, ist jetzt allgemein zu Gunsten der letzteren Ansicht entschieden worden.[2] Um also im Verkehr überhaupt als handelnde Rechtssubjekte auftreten zu können, bedürfen sie eines Vertreters. Als solche Organe gelten die Vorstände der betr. Vereine (Korporation, Anstalt, Stiftung), im Handelsrecht die Vorstände der Actien-Gesellschaft oder Genossenschaft, die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Liquidatoren usw. Alle diese Vorstände haben nach § 26 BGB. die Stellung eines gesetzlichen Vertreters[3]. Es sind demnach alle Vorschriften über gesetzliche Vertreter (§ 164 ff) auf sie anzuwenden.[4] Das BGB. erklärt aber im § 164 blos, dass die vom Ver-

---

[1]) cf. Fischer-Henle Handausg. 2. Aufl. Anm. 1 zu § 104. Endemann B. R. Bd. 1. § 25 Anm. 7 e.

[2]) cf. Fischer-Henle 5. Aufl. Anm. II. vor § 854. Crome System des deutschen bürgerl. Rechts Bd. I. § 48 Anm. 11.

[3]) Sie haben aber nur die »Stellung« eines solchen (cf. Crome a. a. O.), gesetzliche Vertreter selbst sind sie nicht. (cf. Engelmann S. 65) Ausserdem fehlt dem gesetzl. Vertreter das Moment der thatsächl. Abhängigkeit, was ihn vom Besitzdiener unterscheidet. (Oppenheim, Inaug.-Diss. S. 44.)

[4]) cf. Fischer-Henle 2. Aufl. Anm. 3. zu § 26 cf. ferner Lehmann bürgerl. Recht II. Aufl. Bd. II. S. 62.

treter abgegebenen Willenserklärungen unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirken, nicht, dass die Vertretenen durch ihre gesetzlichen Vertreter mit rechtlicher Wirksamkeit auch Besitz erwerben können. Auf den Besitzerwerb sind daher diese Bestimmungen ohne Weiteres nicht auszudehnen. Infolgedessen ist in Ermangelung spezieller Vorschriften hier an dieser Stelle an den allgemeinen Bestimmungen über den Besitzerwerb festzuhalten. Hier kommt es nun vor allen Dingen auf die Entscheidung der Frage an, ob die oben bezeichneten Vorstände als blosse »Besitzdiener« im Sinne des § 855 BGB. aufzufassen sind, oder ob die Vorschriften über den sog. »Besitzmittler« des §868 BGB. hier zur Anwendung gelangen.[1] Das unterscheidende Merkmal zwischen Besitzdiener und Besitzmittler besteht jedenfalls darin, dass der erstere sich in einem Abhängigkeitsverhältnisse gegenüber demjenigen befindet, für welchen er den Besitz ausübt, (ohne dass notwendigerweise ein Rechtsverhältnis zu Grunde liegen muss), wogegen der Besitzmittler eine selbständige Stellung einnimmt, vermöge deren er während der Dauer seines

---

[1]) Anderer Meinung Förtsch, in d. Beitr. zur Erläuterung d. deutsch. R. 6te Folge, 3ter Jahrgang 4. und 5. Heft.

[2]) cf. Fr. Leonhard, Vertr. beim Fahrniserwerb S. 63 ff. Oppenheim Begr. und Stellung des Besitzdieners Inaug.-Diss. S. 43—44.

Lehmann Sachenrecht Bd. 2 S. 62.

Fischer-Henle Handausg. z. B. G. B. 5te Aufl. Anm. 2 zu § 868 a. E.

Bunsen, Einführung in d. B. G. B. Bd. 2 S 12.

Dernburg, Bürgerliches R. Bd. 3 S. 50 2. Aufl.

Besitzes den Weisungen des anderen Folge zu leisten nicht verpflichtet ist. Das Vorhandensein dieses entscheidenden Merkmals des Besitzdieners ist für die hier in Frage kommenden Personen (die Vorstände der juristischen Personen etc.) von den meisten bejaht worden.[2] Die Vorstände sind angestellte Beamte des Vereins, sie werden auf Beschluss der über ihnen stehenden Mitgliederversammlung berufen, (§ 27), von derselben leiten sie auch ihre Vertretungsmacht her, die ihnen jederzeit durch die Mitgliederversammlung wieder entzogen werden kann, sie haben sich den Weisungen der Versammlung zu fügen. Demnach sind sie wahre Besitzdiener im Sinne des § 855. Ob sie die Absicht haben, für die Korporation, Aktien-Gesellschaft usw. zu erwerben, darauf kommt es garnicht an. Sie erwerben vielmehr infolge ihres Abhängigkeitsverhältnisses als angestellte Beamte des Vereins durch die Besitzergreifung direkt für diese den Besitz. Im Falle des derivativen Besitzerwerbs ist es völlig gleichgültig, ob der Vorstand dem Tradenten gegenüber seine Besitzdienerstellung zu erkennen giebt oder nicht. Es kommt auch nicht in Betracht, ob er gerade den Besitz dieser Sache zu erwerben beauftragt war, wenn er nur innerhalb der Grenzen der ihm übertragenen Vertretungsmacht handelte; jedenfalls erwirbt er durch seine Handlung unmittelbar der juristischen Person den Besitz an der Sache.

---

[1]) Planck Commentar z. B. G. B. Bd. 3 Anm. 2 zu § 855. Anderer Ansicht:
Biermann Sachenrecht im Commentar zum B. G. B. S. 6 Anm. 1.

§ 7. Besitzverlust Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger nach römischem Recht.

Entsprechend dem Erwerbe des Besitzes, zu dessen Herstellung das römische Recht ein Zusammenwirken von corpus und animus erforderte, lässt dasselbe einen Besitzverlust durch den Wegfall dieser beiden oder wenigstens eines dieser beiden Elemente eintreten (vel corpore vel animo).[1] In der Regel war hierzu ein contrarius actus erforderlich, d. h. ein Umkehren jedes der beiden Faktoren ins Gegenteil (l. 153 D. 50,17). Demgemäss vollzieht sich auch der herrschenden Meinung nach der Besitzverlust corpore erst mit dem Eintreten der dauernden Unmöglichkeit einer verfügenden Einwirkung auf die Sache, nicht schon blos mit der räumlichen Entfernung oder vorübergehenden Entziehung. (l. 3 § 7 D. 41,2) (l. 25 § 2 D. 41,2) (c. 4 C. 7,32) (l. 1 § 25 D. 43,16). Andererseits geht der Besitz animo erst mit dem Eintritt des Willens, den bisherigen Besitz aufzugeben, verloren, (l. 3 §§ 6,9 D. 41,2) (l. 25 § 2 D. 41,2) (l. 17 § 1 D. 41,2) (l. 30 § 4 D. 41,2) mag dieser Wille nun in Worten oder stillschweigend durch concludente Handlungen sich äussern. (l. 10. pr., l. 19 pr. D. 41,2.)

Von einer Erörterung der alten Streitfragen, ob die oben citierte l. 153 sich nur auf freiwilligen oder auch auf unfreiwilligen Besitzverlust beziehe,[2] ob Paulus in dieser Stelle nur »die herkömmliche Regel wiedergeben wollte,« wonach zum Verlustwillen noch die »thatsächliche Besitz-

[1]) Anderer Ansicht:
Kindel Grundlehren des röm. Besitzr. S. 259 ff.

[2]) So Knlep vacua possessio S. 135.

aufgabe«[1] hinzukommen müsse, ein Satz, von welchem die Praxis jedoch später zur Regel gewordene Ausnahmen zuliess, — von dieser Erörterung sei hier abgesehen. — Das Resultat, zu welchem Dernburg (Pand. 5. Aufl. Bd. 1 § 182 Anmerkung 10) und Karlowa (röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 340) gelangen, entspricht jedenfalls der herrschenden Meinung. Wie sollte man sich anderenfalls auch eine Quellenstelle wie die l. 3 § 6 D. 41,2 erklären, wollte man einen durch blossen animus eintretenden Besitzverlust nicht anerkennen? Würde man der herrschenden Meinung entgegen sich zu der Kindelschen Ansicht (l. c.) bekennen, dass corpus und animus zum Besitzverlust stets zusammenwirken müssten, so dürfte man consequenter Weise allen Willensunfähigen schlechthin einen selbständigen Besitzverlust nicht einräumen, da für sie der erforderliche animus non possidendi eine nicht zu erfüllende Voraussetzung wäre. Macht man dagegen, der herrschenden Meinung folgend, ein Zusammenwirken von corpus und animus nicht zur Bedingung des Besitzverlustes, so wird dadurch den willensunfähigen Personen wenigstens ein selbständiger Besitzverlust corpore ermöglicht.[2] Den Letzteren stand es schliesslich auch frei, vermittelst eines Vertreters sogar eine Besitzaufgabe animo herbeizuführen, da in einem solchen Falle auf den animus des Vertreters gesehen wurde.[3]

In den Quellen ist diese Unmöglichkeit eines selbständigen Besitzverlustes animo ausdrücklich für den

[1]) cf. dazu Kindel Grundl. d. röm. Besitzr. § 14 ff.
[2]) cf. Windscheid Pand. 7te Aufl. Bd. 1. § 156 Anm. II.
[3]) cf. Dernburg Pand. 5te Aufl. Bd. 1. § 182, 2.

furiosus in der l. 27 D. 41, 2 (»si is, qui animo possessionem »saltus retineret, furere coepisset, non potuit, dum fureret, »eius saltus possessionem amittere, quia furiosus non »potest desinere animo possidere.)
mit der Begründung: »quia non potest desinere animo possidere« ausgesprochen, und die Glosse bemerkt hierzu noch, »licet enim desinat habere animum possidendi, non tamen habet animum non possidendi.«

Dasselbe Prinzip dehnen die Quellen in l. 29 D. 41,2 (»possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere »posse constat, non ut animo sed ut corpore desinat possi- »dere; quod est enim facti, potest amittere,«) sogar auf die Pupillen aus, indem sie auch für diese ohne die auctoritas tutoris nur einen Besitzverlust corpore anerkennen, während denselben doch, — wie oben erörtert, — im Falle genügender intellectueller Reife ein selbständiger Erwerb des Besitzes corpore et animo gestattet ist.

Die einfachste Art des freiwilligen Besitzverlustes besteht zweifellos im Wegwerfen der betreffenden Sache. Dazu ist also auch ein Willensunfähiger imstande, hingegen ist ihm eine andere Art freiwilliger Besitzaufgabe, die selbständige Vornahme einer Tradition im rechtsgeschäftlichen Sinne versagt. (l. 1. D. 41, 1).

Hinsichtlich des Verlustwillens ist im letzteren Falle der Wille des Vormundes massgebend. Nimmt der Bevormundete ohne seinen Vormund eine Handlung vor, die äusserlich die Merkmale einer rechtsgeschäftlichen Tradition an sich trägt, so hat er den Besitz corpore verloren.

Ebenso ist auch ein selbständiger Besitzverlust durch constitutum dem Bevormundeten versagt, er ist allein nicht in der Lage, durch seinen animus sich zu verpflichten, hinfort für einen Dritten zu besitzen. Jedenfalls ist ein solches von ihm selbständig eingegangenes constitutum nicht bindend, solange sich der Vormund darüber noch nicht erklärt hat.

Ein unfreiwilliger Besitzverlust kann zunächst die Folge von Naturereignissen sein. Hier geht selbstredend der Bevormundete ohne weiteres, wie jede andere Person seines Besitzes verlustig. Ein solcher Verlust tritt ferner ein, wenn die räumliche Trennung eine derartige ist, dass ein Erreichen der Sache unmöglich wird,[1] wenn die betreffende Sache nicht mehr in der custodia des Besitzers sich befindet, nicht mehr wiederzufinden ist (l. 25 D. 41,2: si id, quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere), wenn ein Dritter die Sache in seine faktische Gewalt bringt[2] (l. 15 D. 41,2 rem, quae nobis surrepta est, perinde intellegitur desinere possidere, atque eam, quae vi nobis erepta est.). In allen diesen Fällen kann auch ein Willensunfähiger selbständig den Besitz verlieren.[3]

Wie steht es in dieser Hinsicht nun mit Immobilien?

Hier tritt uns wieder eine alte, jetzt wohl als entschieden anzusehende Kontroverse entgegen. Ein alter Satz des röm. Rechts besagte, dass für den Fall, in welchem

[1]) cf. auch Sintenis Gem. Civil.-R. Bd. 1. S. 468 ff.

[2]) cf. auch Sintenis, Gem. Civilr. Bd. 1. S. 468 ff.

[3]) Bei einer Mobilie kann von einem blos animo erfolgenden Besitzverlust keine Rede sein, so lange die Sache noch unserer verfügenden Gewalt unterliegt.

jemand sich einer Immobilie in Abwesenheit des Besitzers bemächtigte, der Besitz für diesen dann erst als verloren gelten sollte, wenn derselbe auf die Kunde von der Occupation seitens des Dritten keinerlei Schritte zur Wiederentsetzung desselben thäte, oder wenn diese Massregeln dann erfolglos blieben. (l. 3 § 7, 8 D. 41,2,) (l. 7, l. 46 D. 41,2).

Ein Bewusstsein von der erfolgten Occupation des Grundstücks seitens eines Dritten sei für Willensunfähige jedoch unmöglich; infolgedessen — sagten viele —[1] könnten diese Personen eine Immobilie animo durch diese fremde Occupation auch dann nicht verlieren, wenn sie corpore aus ihr dejicirt würden; denn solche Personen seien den Abwesenden gleichzustellen, ihnen wohne die Fähigkeit zu obigem Bewusstsein nicht inne. Dieser Folgerung gegenüber verweist die hauptsächlich von Vangerow vertretene herrschende Ansicht auf die Thatsache, dass der Satz des röm. Rechts, zur Occupation einer Immobilie müsse noch das Bewusstsein des Besitzers hinzukommen, um einen Besitzverlust herbeizuführen, in den Gesetzen ganz bestimmt auf den Fall beschränkt sei, si quis solo animo fundum possidet, wenn es also an aller körperlichen Gegenwart fehlt.[2]

Das beweist ausser der von Vangerow citierten l. 46 D. 41,2 hauptsächlich auch die l. 25 § 2 D. (41,2), in welcher ausdrücklich angeführt wird, dass bei einem

[1]) z. B. Savigny Recht des Besitzes S. 348, 357.
Schweppe Röm. Privatr. Bd. 2 S. 37.
Loebenstern i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 9 S. 394.

[2]) Vangerow 7te Aufl. Bd. 1 § 207. Anm. 1.

Grundstück eine Besitzesbehauptung solo animo stattfinden kann.

Willensunfähige gehen daher dann, wenn ein Dritter in ihrer Abwesenheit nur die Occupation einer Immobilie vornimmt, ihres Besitzes nicht verlustig. Im Falle der Dejektion aber kommt es auf ein oben geschildertes Bewusstsein nicht an,hier muss also auch für solche Personen ein Besitzverlust eintreten.

Anders verhält es sich dagegen beim Vorhandensein eines Vormundes. In Ansehung des eben behandelten Verlustes an Immobilien war vor allem dessen Kenntnis von der erfolgten Occupation, nicht die des Mündels massgebend. Der Vormund machte jedenfalls zunächst auch den Versuch, den Occupanten einer Immobilie wieder zu vertreiben.

§ 8. Besitzverlust Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger nach bürgerl. Recht.

Das BGB. lässt im § 856, der für Mobilien wie für Immobilien gleichmässig gilt, den Besitz dadurch endigen, dass der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache aufgiebt oder in anderer Weise verliert; es unterscheidet also ausdrücklich zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust.[1] Dem Erwerbe des Besitzes entsprechend ist auch hier beim Verluste desselben neben dem Hauptmoment der thatsächlichen Gewalt das häufig erforderliche Vorhandensein eines Willens von Bedeutung. Wenn wir hier auch nicht von einem Besitzverlust solo animo

[1]) unserem Sprachgebrauch entspricht der Ausdruck »Verlust« in sofern nicht ganz, als wir darunter gewöhnlich nur ein Endigen wider Willen der in Betracht kommenden Person verstehen. Das B. G. B. ist genauer, indem es im andern Falle von »Aufgeben« spricht.

sprechen können, solange die von einem Willen unabhängige thatsächliche Gewalt noch begründet ist, so werden in der Praxis doch oft Fälle eintreten, bei denen die »Besitzherrschaft« — wie Endemann[1] sie hier nennt — auf diesem Willen derartig beruht, dass nach dessen Aufgabe von Besitz keine Rede mehr sein kann.[2] Die Äusserung eines solchen Willens wird praktisch hauptsächlich für die freiwillige Besitzaufgabe eines nach Abs. 2 § 854 begründeten Besitzes, da dort die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers für ausreichend zum Erwerbe erklärt wird, sofern nur der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Es wird hier also — wie oben beim Besitzerwerb bereits bemerkt ist — nur auf die für den Erwerber bestehende factische Möglichkeit einer Ausübung gesehen, mit welcher der Wille, die thatsächliche Gewalt zu haben, notwendig so eng verknüpft ist, dass die Kundgebung eines solchen Aufgabewillens den Verlust des hier in Frage kommenden Besitzes zur Folge hat.[3] Die Äusserung eines solchen Aufgabewillens genügt also nur ausnahmsweise zur Herbeiführung des Besitzverlustes, und zwar auch nur dann, wenn die thatsächliche Gewalt sich gerade aus diesem Willen herleitet, wenn also das räumliche Verhältnis nicht an sich bereits »so bedeutungsvoll ist, dass darin allein schon die thatsächliche Gewalt gegeben war.« (Matthiass a. a. O. S. 11 § 4.)

Eine solche Willensäusserung ist jedenfalls eine rechtsgeschäftliche. Ein Geschäftsunfähiger kann dieselbe nach § 105 Abs. I. nicht abgeben, sie kann jedoch

[1]) cf. Endemann Lehrb. d. B. G. B. Bd. 2 S. 148 a. E.
[2]) cf. Protokolle S. 3346.
[3]) cf. dazu Planck, Comm. Anm. 2. zu § 856.

von seinem gesetzlichen Vertreter (Vater, Mutter, Vormund etc.) bewirkt werden. Der beschränkt Geschäftsfähige bedarf dazu nach § 107 der vor oder bei Abgabe der Willenserklärung zu erteilenden Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.[1] Im Gegensatze dazu stehen die Ansichten von Cosack und Biermann.[2] Beide gestatten auch Geschäftsunfähigen sowie den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten die Abgabe einer solchen Erklärung. Letzterer räumt jedoch selbst ein, dass dies hinsichtlich der Geschäftsunfähigen, wenigstens in der Praxis, schwerlich durchführbar sein dürfte.

Die obigen Erörterungen haben erwiesen, dass die selbständige Abgabe einer Willenserklärung, durch welche ein freiwilliger Besitzverlust in den Fällen herbeigeführt werden kann, in welchen die thatsächliche Gewalt auf dem Besitzwillen beruht, Geschäftsfähigkeit zur Voraussetzung hat. Eine »rechtsgeschäftliche Disposition« ist überhaupt zur Besitzdereliktion auf Seiten des Besitzers oder seines gesetzlichen Vertreters erforderlich, sofern der Besitz auf freiwillige Weise verloren gehen soll.[3] Wirft daher z. B. ein Geschäftsunfähiger oder ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter eine besessene Sache z. B. ein Buch auf die Strasse in der Absicht, den Besitz daran aufzugeben, so geht hier wohl der Besitz daran durch die Aufhebung der thatsächlichen Gewalt verloren, es kann

---

[1]) cf. Strohal a. a. O. S. 108.

[2]) cf. dazu Cosack Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 2 S. 77. Ferner Biermann i. Comm. z. B. G. B. Anm. 1 zu § 85.

[3]) Fischer-Henle Handausg. z. B. G. B. 2te Aufl. Anm. 3 zu § 856.

hier aber von freiwilliger Besitzaufgabe im juristischen Sinne nicht die Rede sein, da hier die zur freiwilligen Besitzaufgabe erforderliche rechtsgeschäftliche Disposition fehlt; der Besitz geht hier vielmehr »auf andere Weise« verloren, es handelt sich also in diesem Falle juristisch um einen unfreiwilligen Besitzverlust. (cf. Fischer-Henle Anm. 3 z. § 856). Allerdings ist diese Frage noch bestritten. Auf unfreiwillige Weise können jedenfalls — abgesehen von den Fällen, in denen der Besitz für die hier in Frage stehenden Personen ebenso wie für andere verloren geht, wenn nämlich die Ausübung der thatsächlichen Gewalt durch Naturereignisse dauernd (§ 856 Abs. 2) vernichtet wird — Geschäftsunfähige, sowie beschränkt Geschäftsfähige selbständig Besitz verlieren. Voraussetzung ist allein, dass die thatsächliche Gewalt vernichtet wird, d. h. dass die Möglichkeit einer verfügenden Einwirkung auf die Sache dem Besitzer dauernd genommen wird.

§ 9. Besitzverlust juristischer Personen im römischen Recht.

Für juristische Personen konnte ein Besitzverlust nur durch deren Vertreter herbeigeführt werden. In Ermangelung spezieller Vorschriften kommen hier die allgemeinen Regeln der Stellvertretung zur Anwendung. Hinsichtlich des freiwilligen Besitzverlustes sind hier, wie bei jedem Besitzverlust durch Stellvertreter zwei Hauptfälle zu unterscheiden: der Besitzverlust an den Vertreter selbst oder durch denselben an einen Dritten. Was die erstere dieser beiden Möglichkeiten betrifft, so verliert die juristische Person den Besitz noch nicht durch eine blosse innerliche

Willensänderung ihres Vertreters[1] (l. 3. § 18 D. 41,2: si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris desino possidere; sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum — responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non possit, nec animo furtum contrectatur). Der Wortlaut dieser Quellenstelle könnte jedoch zu der Ansicht verleiten, es sei ein körperliches äusseres factum seitens des Vertreters nötig, um einen Besitzverlust an ihn herbeizuführen.[2] Thatsächlich ist dies jedoch nicht erforderlich, wenngleich ein Besitzverlust an den Vertreter meist auf diese Weise vor sich gehen wird (z. B. durch furtum).[3] Es genügt, wenn der vom Vertreter innerlich gefasste Willensentschluss nur irgendwie in der Aussenwelt klar zu Tage tritt.

In der Mehrzahl der Fälle wird aber nur von einem Besitzverlust der juristischen Person durch ihren Vertreter (d. h. durch Handlungen, welche der Vertreter selbst vornimmt, oder durch Ereignisse, die denselben treffen,) an Dritte die Rede sein.

Durch denselben geht der Besitz für die juristische Person selbstverständlich infolge des Untergangs der Sache selbst verloren. Bestritten ist der Eintritt eines Besitzverlustes, wenn der Vertreter den Besitz aufgiebt,

---

[1]) dem stände hauptsächlich der Fundamentalsatz des röm. Rechts: »Nemo sibi causam possessionis mutare potest« entgegen. (l. 33 § 1 pr. u. a. E. D. 41, 3, ferner c. 5 C. VII 32)

[2]) so auch v. Savigny R. d. Besitzes § 33.

[3]) cf. l. 47, l 20. D. 41, 2 ferner Witte i. d. Zeitschr. f. Civilr. und Prozess (N. F.) Bd. 18 S. 293 ff. Holzschuher Theorie und Casuistik Bd. 2 S. 44.

sei es, dass ein Dritter ihn dann occupiert oder nicht. Nach allgemeiner Ansicht galt in diesem Falle der Besitz als verloren. (l. 40, § 1 l. 44 § 2 D. 41,2) cf. dazu Savigny Recht des Besitzes § 3. Dagegen: l. 3 §§ 6, 7, 8, 9, D. 41,2. Eine Konstitution Justinians hat hier entscheidend eingegriffen und die obigen Zweifel durch die ausdrückliche Bestimmung beseitigt, dass hier die Untreue des Vertreters dem Vertretenen keinen Nachteil bringen solle, dass also der Besitz dadurch nicht verloren gehe. Diese Quellenstelle beziehen manche nur auf den ersten Fall, d. h. wenn der Vertreter der Besitz blos aufgiebt, ohne Rücksicht auf die Occupation seitens eines Dritten. (cf. Vangerow Pand. Bd. 1 § 209, Fritz Erläuterungen S. 230.) Die verbreitetste herrschende Ansicht dehnt das Geltungsgebiet der obigen c. 12. C. 7. 32 aber auch auf den zweiten Fall aus.[1]

Nach dieser Entscheidung kommt der Fall für die vorliegende Bearbeitung nicht in Betracht.

Verliert der Vertreter die Sache in einer Weise, dass er dieselbe nicht mehr finden kann, so geht der Besitz für die juristische Person verloren. Ein unfreiwilliger Besitzverlust tritt schliesslich dann ein, wenn ein Grundstück in Abwesenheit des Vertreters von einem Dritten occupiert wird und der Vertreter nach Kenntnisnahme der Occupation überhaupt keine oder jedenfalls erfolglos bleibende

---

[1]) cf. Schweppe Röm. Priv. R. Bd. 2. § 222.
Mühlenbruch doctrin. Pand. Bd. 2 § 241.
Loebenstern i. d. Ztschr. f. Civilr. & Process Bd. 9. S. 388.
Kierulff Civilrecht S. 398.

Massnahmen ergreift. (l. 1 § 22 D. 43, 16) (l. 44 § 2 D. 41, 2).

§ 10. Besitzverlust juristischer Personen nach bürgerlichem Recht.

Einfacher als im römischen Recht gestaltet sich der Besitzverlust der juristischen Personen im heutigen Recht. Wie bereits oben bemerkt, handelt die juristische Person des bürgerl. Rechts selbst durch ihre Organe und zwar sind diese Organe, der herrschenden Meinung entsprechend, Besitzdiener im Sinne des § 855.

Giebt ein solcher Vertreter einer juristischen Person die thatsächliche Gewalt, über die Sache auf, oder verliert er sie — wie das Gesetz sagt — »in anderer Weise«, so verliert die juristische Person den Besitz an der Sache dann, wenn ihr dadurch die Ausübung der thatsächlichen Gewalt unmöglich wird.[1] Dieser Fall wird namentlich dann eintreten, wenn ein Dritter den Vertreter auf gewaltsame Weise entsetzt, es sei denn, dass die juristische Person (die Generalversammlung) den Dritten ausdrücklich mit der Entsetzung beauftragte, ein Fall, der im praktischen Leben schwerlich vorkommen dürfte. Jedenfalls bliebe in diesem Falle der Besitz der juristischen Person erhalten; er ginge ihr dagegen durch Übergabe der Sache seitens des Vertreters an den Dritten verloren.

Durch die blosse Erklärung, dass er von jetzt ab für sich selbst oder einen Dritten die thatsächliche Gewalt

[1]) Besitz kann der Vertreter als Besitzdiener nicht übertragen, da er selbst keinen hat. Er kann dem Dritten nur die Möglichkeit verschaffen, die thatsächliche Gewalt über die Sache zu erlangen. (cf. Staudinger Comment. z. B. G. B. Anm. 4 zu § 856.

ausüben wolle, geht der Besitz ebenso wie nach röm. Recht noch nicht verloren.

Um einen Besitzverlust herbeizuführen, muss vielmehr zu dieser eine Willensänderung enthaltenden Erklärung noch eine äussere Bethätigung hinzukommen, durch welche die Gewalt des Herrn aufgehoben wird.[1] In diesem Sinne strich auch die zweite Kommission den § 813[2] des Entwurfs mit der Begründung, dass der hier in Betracht kommende Absatz 2, »insofern selbstverständlich sei, als es auf den Willen desjenigen, der die thatsächliche Gewalt nach Massgabe des § 797 a für einen anderen ausübe, nicht ankomme, und dass lediglich nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden sei, ob durch Handlungen desselben der Besitz desjenigen, für welchen er die thatsächliche Gewalt bisher ausgeübt, verloren gegangen sei.« (Prot. 2. Bd. S. 3351.)

---

[1]) cf. dazu Planck Comm. Anm. 3 zu § 856.

[2]) § 813 (1 Entw.): »So lange der Inhaber die thatsächliche Gewalt behält, wird durch eine Handlung desselben der Besitz nur dann beendigt, wenn der Inhaber gegenüber dem Besitzer den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt nicht mehr für den Besitzer sondern für sich oder einen Dritten auszuüben.